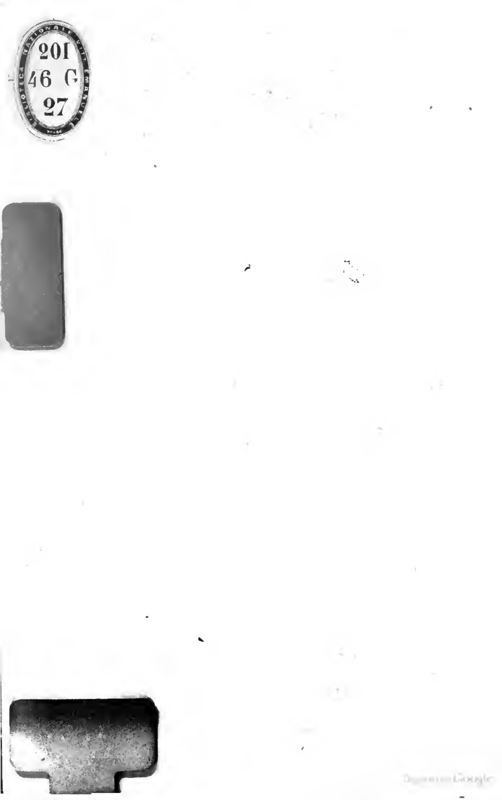




TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN

TYPOGRAPHIE DE H. FIRMIN DIDOT. — MESNIL (EURE).

TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN

PAR

M. F. C. DE SAVIGNY

MEMBRE DE L'INSTITUT DE FRANCE

Traduit de l'allemand

PAR M. CH. GUENOUX

DOCTEUR EN DROIT

Seconde Édition

TOME CINQUIÈME

PARIS

LIBRAIRIE DE FIRMIN DIDOT FRÈRES, FILS ET CIE

IMPRIMEURS DE L'INSTITUT DE FRANCE

RUE JACOB, 56

1858

TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN.

CHAPITRE IV.

VIOLATION DES DROITS.

§ CCIV. *Introduction.*

Jusqu'ici j'ai considéré les droits en eux-mêmes, comme conditions nécessaires de la vie sociale pour des êtres libres (§ 52). L'ordre ou l'état normal du droit résulte de la conformité de leurs actes à ses règles, ordre créé et maintenu par la liberté. Mais si la liberté constitue son essence, nous devons admettre la possibilité d'actes libres contraires à cet ordre, c'est-à-dire une violation du droit qui en trouble l'état normal.

Cette possibilité de la violation du droit nécessite une série d'institutions nouvelles, que l'on peut réunir sous la désignation générale de garanties contre la violation du droit, et ce sont :

1° La juridiction, comme partie intégrante du droit public;

2° La peine, comme contenu du droit criminel;

3° Les formes destinées à rétablir l'état normal du droit, comme contenu du droit de la procédure.

Toutes ces institutions, fondées sur le besoin de réprimer la violation du droit, sont en dehors de la présente recherche (*a*); mais il y a une autre classe d'institutions également fondées sur la violation du droit, qui doivent nous occuper ici. Quand nous examinons un droit sous le rapport spécial de sa violation, il nous apparaît dans un état nouveau, l'état de défense. La violation comme les institutions établies pour la combattre réagissent sur le contenu et sur l'essence du droit lui-même. Je désigne l'ensemble des changements ainsi opérés sous le nom de *droit des actions.*

Les changements dont je viens de parler présentent pour chaque action un caractère spécial, mais tous ont une base commune sans laquelle

(*a*) Voy. vol. I, § 1. — En faisant cette distinction, je ne prétends pas dire qu'elle soit absolue, et qu'il y ait ici des limites rigoureusement déterminées que l'on ne saurait franchir. Ainsi, entre la procédure et le droit des actions, dont je vais m'occuper, la liaison est tellement étroite, qu'un auteur, en traitant l'une ou l'autre de ces matières, doit rester libre de poser les bornes de son sujet de la manière la plus favorable à l'exposition de ses idées.

ces manifestations particulières ne seraient pas intelligibles. De là résulte naturellement la distinction d'un droit d'action général et d'un droit d'action spécial. Ainsi, par exemple, la *hypothecaria actio* est la forme spéciale que revêt le droit de gage à la suite d'une violation, et notamment elle est soumise à une prescription toute particulière; mais pour comprendre cette matière spéciale, il faut auparavant connaître la nature générale de l'action et de la prescription des actions. Ce que j'appelle le droit spécial des actions ne peut être étudié dans son ensemble, ni séparé de chacune des institutions auxquelles il se rapporte. L'exposé du droit général des actions est l'objet du présent chapitre.

On a souvent considéré le droit d'action comme une classe de droits de la même nature que le droit de la famille, la propriété, etc.; je renvoie à ce que j'ai déjà dit (§ 59) pour réfuter cette doctrine. Le droit d'action rentre plutôt dans les développements et les métamorphoses que peuvent présenter les droits subsistant par eux-mêmes, et il se place ainsi sur la même ligne que l'origine et la dissolution des droits, qui ne sont pas des droits, mais des phases de l'existence des droits véritables.

Les changements des droits que je vais maintenant exposer se divisent en deux classes.

Les uns résultent du seul fait de la violation,

ce qui embrasse les actions et les exceptions avec leurs développements ultérieurs.

Les autres résultent des actes faisant partie du débat judiciaire, et destinés à réprimer la violation. Parmi ces actes, les plus féconds en influences sont la *litiscontestatio* et le jugement.

La première classe est l'objet du présent volume, et la seconde celui du volume suivant.

§ CCV. *Action* (*a*).

Tout droit, par suite de sa violation, prend immédiatement l'aspect que je vais décrire. Dans l'ensemble de nos droits, les uns existent vis-à-vis de tous les hommes, les autres ne touchent que des individus déterminés (§ 58), et les obligations ont essentiellement ce dernier caractère. Mais la violation de nos droits n'est concevable que par le fait d'une personne déterminée, fait

(*a*) Je donne ici le titre de quelques ouvrages spéciaux, afin de les citer plus facilement dans le cours de cette recherche. Duroi, Spec. observ. de j. in re; Heidelberg, 1812, 8. Duroi, Bemerkungen über *actio in rem* und *actio in personam*, Archiv, vol. VI, p. 252-310, 386-440 (1823). Gans, Ueber Römisches Obligationenrecht; Heidelberg, 1819, 8. Hasse (le jeune) Ueber das Wesen der *actio*, Rhein. Museum, vol. V, p. 1-86, 154-205 (1833). Huschke, Progr. de actionum formulis quæ in lege Rubria exstant. Vratislav. 1832, 4. — J'observe qu'à l'époque où parurent le premier écrit de Duroi et celui de Gans, Gajus n'était pas encore publié; circonstance qui ajoute au mérite de ces auteurs, et rend leurs erreurs plus excusables.

qui établit entre nous et cette personne un rapport de droit spécial et nouveau; le contenu de ce rapport est en général la réparation de la violation. Cette poursuite à exercer contre une personne déterminée, pour un objet déterminé, a donc le caractère d'une obligation (§ 56); celui qui a souffert la violation et celui qui l'a commise, ou le demandeur et le défendeur, se trouvent dans la position respective d'un créancier et d'un débiteur. Tant que ce nouveau rapport reste à l'état de possibilité et n'a encore déterminé aucun acte de la partie lésée, nous ne pouvons pas le considérer comme une obligation véritable et parfaite. C'est un germe susceptible de se transformer, par son développement naturel, en une obligation véritable.

Ce rapport résultant de la violation, c'est-à-dire le droit conféré à la partie lésée, s'appelle *droit d'action* ou *action*. Le mot *action* exprime aussi l'exercice même du droit, et alors, dans l'hypothèse d'un procès qui s'instruit par écrit, ce mot désigne l'acte écrit qui entame le débat judiciaire. Je n'ai à m'occuper ici de l'action que dans son premier sens de droit d'action; l'acte par lequel le droit s'exerce, rentre, pour ses conditions et pour ses formes, dans la théorie de la procédure.

A ce point de vue général, on reconnaît que toute action implique nécessairement deux con-

ditions, un droit en soi et la violation de ce droit. Si le droit n'existe pas, la violation n'est pas possible, et s'il n'y a point de violation, le droit ne peut revêtir la forme spéciale d'une action ; il n'existe pas d'*actio nata* suivant l'expression fort juste des auteurs modernes. D'un autre côté, la violation du droit peut se montrer sous divers aspects qui, dans la réalité, peuvent rester confondus. Ainsi, l'adversaire nie tantôt l'existence du droit, tantôt la violation, ou bien encore il peut tenter une simple entreprise de fait sur un droit qu'il ne conteste pas.

Avant de commencer cette recherche, il est indispensable de déterminer avec exactitude le langage des jurisconsultes romains. Peut-être trouvera-t-on que j'y attache trop d'importance; mais si l'on examine sans prévention combien d'obscurités, combien d'erreurs tiennent uniquement, dans beaucoup d'auteurs, à l'absence de cette base fondamentale, on reconnaîtra l'utilité d'un pareil travail.

Quant aux actions et à leur dénomination, nous devons en droit romain distinguer trois époques.

Dans les premiers temps, il est uniquement question de la *Legis actio*, et le sens de cette expression se rapporte surtout à la forme. Elle désigne ce qu'il faut faire pour écarter la violation, et cela consiste en actes symboliques et en

formules verbales rigoureusement déterminées.

Après que les *Legis actiones* eurent été abolies, sauf de rares exceptions, les *formulæ* devinrent la base de toute la procédure (*b*). Cet état de choses subsista aussi longtemps que l'*ordo judiciorum*, et ainsi il subsistait du temps des jurisconsultes classiques. Alors *actio* désignait principalement le droit d'action, et *formula*, sa forme (*c*), quoique cette distinction ne fût pas toujours observée rigoureusement.

Depuis l'abolition de l'*ordo judiciorum*, c'est-à-dire à peu près depuis Constantin, la *formula*, avec ses parties distinctes, a perdu sa signification, tandis que les *actiones* existent comme auparavant. C'est dans ce sens que les rédacteurs

(*b*) Gajus, IV, § 30. « ..... per legem Æbutiam et duas Julias sublatæ sunt istæ legis actiones, effectumque est, ut *per concepta verba, id est per formulas*, litigaremus. » — Ce serait une grande erreur de croire que du temps des *Legis actiones*, on n'employait pas de *verba* solennels, et ainsi pas de *formulæ*. Gajus, II, § 24; IV, § 16, 21, 24, dit positivement le contraire. Voici en quoi consistait la différence. Anciennement les actes symboliques étaient joints aux *verba;* dans la suite, on n'employa plus que les *verba*, et sous une forme nouvelle mieux appropriée à l'esprit du temps. On appela *formulæ* ces nouveaux *verba*, faute d'un nom plus spécial à leur donner. Cette expression implique en outre l'idée accessoire d'une instruction écrite adressée par le préteur au *judex* (*concepta verba*), ce qui établit un contraste plus marqué entre ces nouvelles formules et les anciennes formules contenues dans les *Legis actiones*.

(*c*) C'est la phraséologie qui domine dans le quatrième livre de Gajus.

du Digeste ont extrait les écrits des anciens jurisconsultes (*d*), et que les Institutes de Gajus ont été modifiées dans les Institutes de Justinien.

Quant au mot *actio,* les anciens jurisconsultes eux-mêmes ne lui donnaient pas tous la même acception. Suivant Papinien, *actio* désigne exclusivement l'action *in personam;* l'action *in rem* s'appelle *petitio*, et *persecutio* s'applique à l'une et à l'autre (*e*). Cette distinction nous explique pourquoi la demande en hérédité est appelée *petitio* hereditatis et non pas *actio.* Ulpien dit, au contraire, que le mot *actio* désigne à la fois l'espèce et le genre ; l'espèce, c'est-à-dire l'action *in personam;* le genre, c'est-à-dire l'action *in personam* et l'action *in rem :* il appelle *persecutio* la *extraordinaria cognitio* qui s'instruit sans *judex* (*f*). Dans d'autres textes il prend le mot

(*d*) Nous n'avons donc aucune raison de croire interpolés les textes si nombreux du Digeste qui parlent des *actiones* en général, ou de leurs diverses espèces ; mais les compilateurs ont effacé dans les écrits des anciens jurisconsultes presque toutes les mentions de la *formula*, de *l'intentio*, de la *condemnatio*, etc.

(*e*) L. 28 de O et A. (XLIV, 7).

(*f*) L. 178, § 2, 3 de V. S. (L. 16). (Le § 3 range aussi, il est vrai, la *persecutio* parmi les *actiones*). Ce texte se rattache par son inscription à la L. 2 de hered. vel act. vend. (XVIII, 4), où l'on examine la question de savoir quels droits, et notamment quelles actions, celui qui vend une succession transmet à celui qui l'achète. De ce texte principal, on a tiré tous les fragments qui pouvaient servir comme définitions, et on les a insérés au

actio tantôt dans son acception restreinte (*g*), tantôt dans son acception large (*h*). D'après Paul, *actio* embrasse aussi la *persecutio* (*i*). Il ne faudrait pas croire que la signification large n'ait été admise que depuis Papinien, car déjà Gajus divise le genre *actio* en deux espèces, *in personam* et *in rem actio* (*k*), division qui a évidemment pour base la signification large du mot. On voit d'après cela que la phraséologie a été longtemps incertaine : mais on ne doit pas attribuer ces variations au simple caprice ou à une indifférence absolue pour l'exactitude. Si nous avions

titre de verborum significatione. Par leur contenu, les §§ 2 et 3 se rattachent à la L. 2, § 8, cit., de même que la L. 178, § 1, cit., se rattache à la L. 2, § 1, 3, 9, cit. Dans la L. 2, § 3, cit., la *persecutio* est aussi littéralement distincte des *actiones*. — La phraséologie rigoureuse dont se sert Ulpien dans la L. 178, § 2, cit., se retrouve dans un autre texte du même jurisconsulte, L. 49 eod.

(*g*) L. 35, § 2, L. 39 pr. de proc. (III, 3), où il oppose à l'*actio* les *præjudicia*, les interdits et les stipulations prétoriennes. De même, dans la L. 68 de R. V. (VI, 1), il oppose les actions aux interdits.

(*h*) L. 37, pr. de O. et A. (XLIV, 7). Il dit ici que le nom d'*actio* comprend celles *in rem, in personam, directæ, utiles*, comme aussi les *præjudicia*, les interdits et les stipulations prétoriennes. De même, dans la L. 25, pr. eod., et dans le texte que je cite, § 206, *c*, il est partout question des *in rem actiones*.

(*i*) L. 34, de V. S. (L. 16). — Dans la L. 14, § 2, de exc. rei jud. (XLIV, 2), il parle des *in rem actiones*.

(*k*) Gajus, IV, § 1. Cf. IV, § 100, 106, 107.

les ouvrages originaux d'où nos textes sont tirés, peut-être verrions-nous clairement pourquoi leurs auteurs ont pris le mot *actio* tantôt dans l'une, tantôt dans l'autre acception.

La définition de l'*actio* donnée par le jurisconsulte Celsus (*l*), et qui, avec un léger changement, est passée dans les Institutes de Justinien (*m*), prend ce mot dans sa signification restreinte, de sorte qu'il désigne uniquement les actions personnelles. Mais on ne doit pas en conclure, d'après les raisons exposées plus haut, que cette signification ait été la seule admise du temps de Celsus. Ce serait une erreur plus grande encore de croire que Justinien, en insérant ce texte dans les Institutes, ait voulu représenter la signification restreinte comme la seule vraie et la seule légitime : la division, conforme à celle de Gajus (*in rem*, *in personam*), qui suit immédiatement, démentirait cette supposition. Il ne faut pas non plus blâmer les compilateurs d'avoir placé cette

(*l*) L. 51, de O. et A. (XLIV, 7). « Nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi. » Le *deberi*, dans le langage rigoureux des anciens jurisconsultes, pose l'*obligatio* comme le fondement de l'action, et exclut ainsi l'action *in rem*. Le *judicio* désigne la procédure devant un *judex*, par opposition aux *extraordinariæ cognitiones*.

(*m*) Pr. J. de act. (IV, 6). « Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi judicio quod sibi debetur. » Nous pouvons ne pas nous occuper ici de la variante *in* judicio, que l'on trouve fréquemment, car elle ne change pas le sens du texte.

définition en tête du texte des Institutes, car le sens des expressions de ce texte avait changé de manière à rendre toute méprise impossible. Ainsi, en droit Justinien, *judicium* ne désigne plus un procès devant un *judex,* mais toute espèce de juridiction et de débat judiciaire; de même les mots *quod sibi debetur* embrassent toutes les réclamations, quelle que soit leur nature, et non pas seulement celles dont la base est une obligation.

Jusqu'ici j'ai énoncé ces variations du langage comme un fait; en voici l'explication. Pendant longtemps il n'y eut pas d'autre action que l'*actio in personam,* dont *actio* était alors synonyme. Quand plus tard on introduisit quelques actions *in rem,* on les distingua par la dénomination de *petitio;* mais dans la suite on jugea convenable d'étendre la signification du mot *actio* de manière à embrasser les deux classes d'actions comme espèces d'un même genre. Le détail de ces faits historiques se lie à la division des actions, dont je vais maintenant m'occuper.

§ CCVI. *Division des actions. In personam, in rem.*

Les espèces des actions, dont la distinction exacte peut seule remédier à la confusion qui enveloppe souvent cette matière, ont une nature

différente, selon les motifs qui ont déterminé leur classification. Parmi ces motifs, les uns affectent l'essence même des actions, c'est-à-dire le lien qui les unit aux droits qu'elles protégent. Ces motifs sont importants, non-seulement pour l'intelligence des sources, mais aussi pour l'étude approfondie du droit actuel. Les autres se rapportent aux formes de la procédure romaine, et leur caractère est plutôt historique; s'ils n'ont plus d'existence réelle dans le droit actuel, ils sont indispensables pour l'intelligence des sources, et voilà pourquoi il est bon de conserver à plusieurs de ses anciennes classifications leurs dénominations techniques (§ 224). Néanmoins, cette distinction ne doit pas se prendre dans un sens trop absolu, car les motifs de la première classe ne sont pas exclusivement pratiques, ceux de la seconde exclusivement historiques, de sorte que la distinction ne repose que sur l'élément dominant.

La division la plus importante des actions, fondée sur leur nature intime, est celle : *in personam, in rem actio.* Voici comment elle est présentée dans le texte le plus explicite que nous possédions sur cette matière (*a*).

§ 1, J. de actionibus (IV, 6).

(*a*) Ce texte n'est point tiré des Institutes de Gajus, et nous ne connaissons aucun fragment d'ancien jurisconsulte où il se trouve. Néanmoins, ce n'est pas là une raison pour l'attribuer aux compilateurs du Digeste. Ce texte appartient évidemment à un

« Omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quæritur, summa divisio in duo genera deducitur : aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est, vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu proditæ sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare aut facere oportere et aliis quibusdam modis : aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam : quo casu proditæ actiones in rem sunt, veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat : nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est. »

Ce texte remarquable renferme les propositions suivantes : d'abord la division est générale et embrasse toutes les actions (omnium actionum summa divisio), de sorte qu'il n'y a pas une action qui n'appartienne à l'une ou l'autre

ancien jurisconsulte, comme le prouvent les expressions suivantes : *apud judices arbitrosve*, *intentio*, *dare facere oportere* et *suam rem esse*. Comment, en effet, un contemporain de Justinien eût-il employé ce langage à une époque où les magistrats ne nommant plus de *judices*, il ne pouvait jamais être question d'une *formula* avec *intentio?* Mais ici, comme dans une foule d'autres textes, les compilateurs du Digeste ne se firent aucun scrupule de reproduire la phraséologie des anciens jurisconsultes.

espèce. Ensuite, ces expressions désignent des idées similaires, et non-seulement en apparence ou d'une manière impropre, mais bien et en réalité deux espèces d'un même genre. Voici enfin le caractère distinctif des deux espèces d'actions : on appelle *in personam* l'action qui protége une *obligatio*, *in rem* celle qui protége tout autre droit en dehors des *obligationes*.

Un texte de Gajus, d'ailleurs beaucoup plus court, s'accorde pour les points essentiels avec cette explication.

Gajus IV, § 1, 2, 3. (Si quæramus) quot genera actionum sint, verius videtur duo esse in rem et in personam..... In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare, facere, præstare oportere. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere.....

Ici encore la division est représentée comme générale, et Gajus avertit, § 1, de ne pas confondre ces *genera actionum* avec des *species* particulières. Ici encore les deux expressions désignent des idées réellement similaires, ce qui d'ailleurs est confirmé par plusieurs autres textes de Gajus (*b*). Enfin les limites des deux espèces

(*b*) Gajus, IV, § 17, 100, 106, 107.

d'actions sont les mêmes que dans Justinien.

Ulpien s'exprime absolument dans le même sens.

L. 25, pr. de O. et A. (XLIV, 7).

Actionum genera sunt duo : in rem, quæ dicitur vindicatio, et in personam, quæ condictio appellatur.

En outre, beaucoup d'autres textes d'Ulpien et de Paul supposent connue cette division des actions, et ils l'appliquent de diverses manières (*c*).

On pourrait croire que j'ai pris une peine superflue pour établir la nature de cette division, et qu'elle n'a jamais été mise en doute; mais j'ai insisté sur ce point parce qu'un auteur moderne a fait pour l'attaquer de grands frais de dialectique (*d*). Contrairement à l'opinion ordinaire, et qui est aussi la mienne, il a voulu établir la doctrine suivante. Dans l'origine, les expressions *in rem, in personam actio*, désignaient deux ordres d'idées très-différents : *in rem* désignait une seule action (celle fondée sur la propriété), et a été étendu successivement à quelques autres cas particuliers; *in personam* dési-

(*c*) Ulpian., L. 68 de R. V. (VI, 1); L. 6, § 5, de aqua pluv. (XXXIX, 3); L. 37, pr. de O. et A. (XLIV, 7); L. 36 de V. S. (L. 16). — Paulus, L. 14, § 2, de except. rei jud. (XLIV, 2).

(*d*) Duroi, Bemerkungen, p. 407, 409, 412, 423.

gnait dès l'origine toute une classe d'actions. Justinien le premier imposa à ces expressions le sens de deux classes homogènes d'actions, pour en faire deux espèces d'un même genre, et ainsi la division des actions doit être regardée comme son ouvrage. — J'oppose à cette assertion la preuve donnée plus haut (note *a*), que le texte décisif des Institutes est emprunté à un ancien jurisconsulte, et les témoignages de Gajus, Ulpien et Paul, qui expriment absolument les mêmes idées que les Institutes de Justinien. Je montrerai plus bas l'élément de vérité contenu dans cette fausse doctrine, ce qui fera ressortir encore mieux le principe de l'erreur.

On trouve dans Gajus, Ulpien et Justinien, *vindicatio* comme synonyme de *in rem actio* (*e*); *condictio* pour *in personam actio* dans Ulpien et Justinien (*f*), dans Ulpien, *personalis actio* (*g*).

Le principe de la division des actions se dé-

(*e*) Gajus, IV, § 5, L. 25, pr. de O. et A. (XLIV, 7), § 15, J. de act. (IV, 6).

(*f*) L. 25, pr. de O. et A. (XLIV, 7), § 15, J. de act. (IV, 6). On verra plus loin, Appendice XIV, num. XXV, pourquoi Gajus n'assimile pas la *condictio* à une *in personam actio*, mais donne à chacune de ces expressions une signification plus restreinte.

(*g*) L. 3, § 3, ad exhib. (X, 4), L. 6, § 5, de aqua pluv. (XXXIX, 3), L. 178, § 2, de V. S. (L. 16). — Mais *realis* ne se trouve dans aucun jurisconsulte ni dans aucun auteur de l'antiquité.

termine avec encore plus d'exactitude de la manière suivante. Avant le débat judiciaire engagé complétement (avant la *litiscontestatio*), peut-on ou ne peut-on pas constater une obligation proprement dite? Dans le premier cas, l'action est *in personam;* dans le second, *in rem.* L'existence ou la non-existence d'une obligation avant la *violation* n'est donc pas la circonstance décisive; ainsi, pour les actions résultant des contrats, une obligation existe, non-seulement avant la *litiscontestatio*, mais même avant la violation; pour les actions résultant des délits, l'obligation ne commence qu'avec la violation, et cependant ces deux espèces d'actions sont *personales.* S'il s'agit de la propriété, au contraire, la simple violation engendre un rapport semblable à une obligation (§ 205); mais l'obligation véritable et proprement dite n'existe qu'après la *litiscontestatio*, et voilà pourquoi l'action est *in rem.*

§ CCVII. *Division des actions. In personam, in rem.* (Suite.)

Pour prévenir toute objection contre la généralité de cette division, il est nécessaire d'en faire l'application aux différentes classes de droits, puisque déjà l'on a vu que les actions elles-mêmes modifient les droits qui leur servent de base.

Pour les actions *in personam*, cette application ne souffre pas de difficulté. Personne ne doute que par là on ne doive entendre toutes les actions qui protégent les obligations, et rien que ces actions.

Si donc la division épuise toutes les matières du droit, les actions *in rem* protégent les rapports résultant du droit des choses, du droit de succession et du droit de la famille (*a*).

L'application au droit des choses, c'est-à-dire à la propriété et aux *jura in re*, est incontestable, car ce sont précisément les cas cités comme exemples des *in rem actiones* dans les Institutes et dans Gajus. Ces actions sont encore appelées *speciales* in rem actiones.

L'application à l'action en hérédité ne présente aucun doute, puisque cette action est appelée expressément *in rem actio* (*b*).

(*a*) Je dis : du droit de la famille. Les Romains parlent de *quæstio de statu*, ce qui embrasse deux espèces de débats judiciaires : 1° le *status* politique, la liberté et la qualité d'ingénu ; 2° le *status* privé, c'est-à-dire la famille. Le premier *status* n'existant plus aujourd'hui, en droit romain moderne, la *status quæstio* équivaut à un débat sur les rapports de famille. Je fais cette remarque pour justifier les termes dont je me sers dans ce paragraphe. Cf. vol. II, Appendice VI, num. VI et IX.

(*b*) L. 27, § 3, de R. V. (VI, 1). « ... in hereditatis petitione quæ ipsa in rem est... L. 25, § 18, de her. pet. (V, 3). « Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit... L. 49 eod. » — La délimitation en la personne du défendeur pourrait seule faire

Mais on conteste aux actions résultant du droit de la famille la qualification de *in rem actiones*, et si elle ne leur appartenait pas, nous serions forcés de reconnaître que la division n'épuise point toutes les matières du droit.

A la vérité, d'après l'opinion la plus générale, les actions dérivant des rapports de la famille sont *in rem*, et l'on croyait autrefois cette opinion complétement justifiée par le texte suivant :

§ 13, J. de act. (IV, 6).

« Præjudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quæritur, an aliquis liber, vel libertus sit, vel de partu agnoscendo. »

Præjudicialis actio, disait-on, est, d'après ce texte même, toute action relative au *status*, et parmi ces actions figurent notamment toutes celles qui résultent du droit de la famille; et toutes sont *in rem*, comme le déclare expressément notre texte. — On a objecté que le texte ne dit pas *sunt*, mais *esse videntur*, et que dès lors les actions préjudicielles *semblent* seulement avoir de *l'analogie* avec les *in rem actiones* (c). — L'objection n'était pas fondée, car le mot

naître des doutes. Je reviendrai là-dessus plus bas. — Au reste, cela s'applique uniquement à la demande en hérédité; les rapports de droit secondaires, tels que les legs, etc., se ramènent toujours aux droits réels et aux obligations, et sont protégés par les actions qui dérivent de ces rapports de droit. — Cf. Appendice XIII, num. IX.

(c) Duroi, Observ., p. 21.

videtur exprime ordinairement, non pas une apparence ou une analogie, mais une réalité positive (*d*). — On faisait une objection plus grave tirée du sens primitif de *præjudicium*, qui se rapportait, non pas à l'objet de l'action, mais à une forme particulière de procédure. Le *præjudicium* était une *formula* avec une *intentio* seule et sans *condemnatio;* ainsi donc, ce n'était souvent qu'une mesure provisoire destinée à constater un rapport de droit dont on voulait exciper dans un débat judiciaire ultérieur (*e*). Sans doute on employait cette forme pour tous les procès relatifs au *status*, mais aussi pour beaucoup d'autres procès, et nommément dans des procès dont l'objet était une obligation (*f*).

(*d*) Voy. les textes cités par Dirksen, Manuale latintiatis, p. 1000.

(*e*) C'est ce que dit déjà Théophile sur le § 13, J. de act.; mais c'était là un renseignement stérile tant que nous ne connaissions pas les parties constitutives de la *formula* et le rapport de ces parties. Le témoignage de Gajus, IV, § 44, 48, est non-seulement plus complet, mais pour la première fois il nous fait comprendre la nature de ce caractère particulier que revêtent plusieurs actions.

(*f*) Gajus, III, § 123; IV, § 44. Paulus V, 9, § 1, L. 30, de reb. auct. jud. (XLII, 5). — Je ne cite pas ici Gajus, IV, § 94, car la *sponsio* dont il parle avait certainement une *condemnatio,* mais comme simple formalité : « Nec tamen hæc « summa sponsionis *exigitur.* » Sans être un *præjudicium*, cette *sponsio* en avait le but et les résultats. Aussi Gajus l'appelle *sponsio præjudicialis*.

De cette découverte on a conclu récemment que le texte cité des Institutes était l'œuvre des compilateurs employés par Justinien, et qu'il étoit étranger au droit romain proprement dit (*g*). Mais ces deux propositions sont également inadmissibles.

D'abord on pouvait très-bien dire, dans le sens du droit Justinien, que les actions préjudicielles sont celles relatives au *status*, puisque les autres actions préjudicielles de l'ancien droit (*quanta dos sit*, *an prædictum sit*, etc.) n'existaient plus (*h*). Ainsi, du moins dans le sens du droit Justinien, l'explication ordinaire de ce texte des Institutes est fort juste, et le texte lui-même ne saurait être critiqué; en effet, il ne défigure pas l'ancien droit, il le met en harmonie avec le changement général accompli dans l'état du droit.

Mais je vais plus loin encore, et je prétends que, même dans l'esprit de l'ancien droit, tous les *præjudicia*, sans distinction, pouvaient être appelés *in rem*. J'établirai plus bas (§ 209) cette proposition générale; mais quant aux *præjudicia* concernant le *status*, les seuls dont nous nous

(*g*) Duroi, Bemerkungen, p. 406-410, et surtout p. 409.

(*h*) Si un semblable cas se trouve mentionné au Digeste (note *f*), ce n'est que comme renseignement historique, car, dans le droit actuel, personne ne soutiendra que ce cas doive être traité autrement qu'un procès ordinaire.





occupions ici, des témoignages directs mettent mon opinion hors de doute. Le débat sur la liberté se vidait par une *vindicatio in libertatem* ou *servitutem*. L'affranchissement *per vindictam* (*i*) reposait uniquement sur la fiction d'une semblable *in libertatem vindicatio*. De même, la *legitima tutela* sur les femmes se transmettait par une *in jure cessio* (*k*); or, la *in jure cessio* n'étant en général qu'une *vindicatio* symbolique (*l*), l'application de la forme de la *vindicatio* à cette espèce de tutelle se trouve ainsi établie. Même le débat sur l'existence de la puissance paternelle pouvait revêtir la forme solennelle d'une *vindicatio ex jure Quiritium* (*m*). Une des formes so-

(*i*) Livius, XLI, 9.

(*k*) Gajus, I, § 168. Ulpian., XI, § 6-8; XIX, § 11.

(*l*) Gajus, II, § 24. Ulpian., XIX, § 9-10.

(*m*) L. 1, § 2, de R. V. (VI, 1). Voici comment j'explique ce texte difficile. Dans un procès sur la paternité, le *præjudicium*, qui, suivant moi, était toujours *in rem*, pouvait revêtir différentes formes, de même que s'il s'agissait d'une réclamation de propriété (Gajus, IV, § 91-95). Si l'on choisissait la forme plus solennelle d'une *vindicatio ex jure Quiritium*, la plainte avait une similitude *littérale* avec la réclamation de propriété, et voilà ce qu'exprime : « per hanc autem actionem liberæ per« sonæ.... non petuntur.... *nisi forte*.... adjecta causa quis vin« dicet. » Peut-être employait-on cette forme plus solennelle quand on voulait porter sa plainte devant les centumvirs. Néanmoins la *vindicatio* du fils mentionnée ici pourrait se rapporter non à la forme plus solennelle du procès véritable, mais à l'application symbolique de cette forme en matière d'adoption (note *n*). Au reste, la difficulté de ce texte tient vraisemblable-

lennelles de l'adoption consistait également dans une *in jure cessio*, et alors le père adoptif réclamait par une *vindicatio* la puissance paternelle comme déjà existante (*n*).

Si, comme je viens de le montrer, toutes les actions résultant du droit des choses, du droit de succession, du droit de la famille, sont *in rem*, il faut rejeter la phraséologie généralement adoptée, qui restreint cette dénomination aux actions résultant du droit des choses, car alors la division *in personam, in rem,* ne serait pas une division générale embrassant toutes les actions (*o*). Cette phraséologie vicieuse a été favorisée par la concordance trompeuse de certaines expressions techniques, créées en partie arbitrairement et sans s'inquiéter du langage des sources du droit. Ainsi on appelait le droit des choses,

ment à des interpolations et à des omissions; mais les compilateurs n'ont certainement pas inventé la *vindicatio ex lege Quiritium*, bien qu'ils aient pu substituer *lege* à *jure*, comme plus haut *jure Romano* à *jure Quiritium*, dans le but sans doute d'effacer tout souvenir de la forme proscrite : *ex jure Quiritium*.

(*n*) Gajus, I, § 134 : « Is qui adoptat vindicat apud Prætorem « filium suum esse. »

(*o*) Cf. vol. Ier, p. XL. — D'après le même motif, il faut éviter l'expression action *réelle* (pour *in rem actio*), employée par plusieurs auteurs, car on se trouve conduit naturellement à restreindre une action ainsi dénommée aux *droits* réels (la propriété et les *jura in re*). L'expression *action personnelle* est irréprochable, car elle répond parfaitement à la *personalis actio* des Romains, et ne peut donner lieu à aucune erreur sur le fond des choses.

comme partie de la science, *jus in rem*, et l'on donnait le même nom à chaque droit réel particulier. De même on appelait l'ensemble du droit des obligations, et chaque obligation particulière, *jus in personam*. En rapprochant arbitrairement les expressions techniques ainsi créées de celles employées dans les sources, on se trouva conduit à poser en principe qu'au *jus in rem* répond l'*actio in rem*, au *jus in personam* l'*actio in personam*. Nous avons donc ici un exemple frappant des dangers qu'entraîne une phraséologie arbitraire.

§ CCVIII. *Division des actions. In personam, in rem.* (Suite.)

A la division des actions qui nous occupe, se rattache ordinairement, comme signe caractéristique, cette circonstance que l'action personnelle est dirigée contre un adversaire déterminé et connu, l'action *in rem* contre un adversaire indéterminé et inconnu (§ 56, f.). Cette distinction signifie que pour la première classe d'actions, la seule personne qui puisse violer le droit, le défendeur, c'est-à-dire le débiteur, est déterminé et connu avant la violation, tandis que pour les actions *in rem*, tout homme pouvant commettre la violation qui engendre l'action, cette indétermination en la personne

du défendeur ne cesse que quand le droit a été effectivement violé. Les expressions *in personam* et *in rem* s'emploient aussi pour distinguer si un acte juridique se rapporte ou si un discours s'adresse à une personne déterminée ou indéterminée (*a*).

Néanmoins cette circonstance ne correspond pas toujours à la division des actions, et veut être appréciée avec précaution. En effet, il y a des actions personnelles dirigées contre un adversaire indéterminé, par exemple contre tout possesseur d'une chose, comme cela a lieu dans la règle pour les *in rem actiones*. Ainsi, celui à qui un acte juridique a été arraché par la violence peut exiger le rétablissement de l'ancien état de choses; l'action et l'exception que ce droit lui confère s'exercent contre tout posses-

(*a*) Pactum in rem., L. 7, § 8. L. 57, § 1, de pactis (II, 14). — Nunciatio in rem fit. L. 10, de O. n. n. (XXXIX, 1). — Prætor in rem loquitur, edictum in rem scriptum est. L. 9, § 1, quod metus (IV, 2), L. 5, § 3, quibus ex causis (XLII, 4).

Ainsi l'expression *in rem* désigne l'impersonnalité. — On peut encore parler d'une *intentio* in rem, ou in personam concepta, suivant que la personne de l'adversaire est ou non désignée, et alors on dira que toute *in rem actio* a une *in rem concepta intentio;* mais qu'une *in personam actio* a, suivant les circonstances, une *in personam* ou *in rem concepta intentio*. Néanmoins, cela ne doit s'entendre que des actions prétoriennes. L. 1, § 3, de interd. (XLIII, 1), L. 5, § 13, quod vi (XLIII, 24). Pour les actions civiles, la nature de l'action se reconnaissait immédiatement à la rédaction de la formule. Cf. § 216. w.

seur : on dit alors que l'*actio* ou l'*exceptio* est *in rem scripta* (*b*), expression équivalente à celle rapportée plus haut (note *a*), et cependant l'action elle-même est *in personam* (*c*). — L'*actio ad exhibendum* a le même caractère ; elle s'exerce contre quiconque se trouve en position de représenter la chose, et cependant elle est formellement désignée comme une action personnelle (*d*). — Ainsi encore l'*actio aquæ pluviæ* est personnelle, et néanmoins, sauf une légère restriction, elle s'exerce contre tout possesseur. J'en dis autant de l'interdit *quod vi* (*e*). — Toute action noxale résulte d'un délit, c'est-à-dire, d'une obligation, et néanmoins elle s'exerce contre quiconque devient propriétaire de l'esclave d'après la règle : noxa caput sequitur (*f*). Il en

(*b*) L. 9, § 8, quod metus (IV, 2), L. 4, § 33, de doli exc. (XLIV, 2). On ne doit pas regarder l'expression *in rem scripta actio* comme une expression technique irréprochable. Cf. Duroi, Bemerkungen, p. 410-412.

(*c*) Celui qui a été dépossédé peut, au moyen de la restitution prétorienne, rentrer immédiatement dans sa propriété. C'est donc là une véritable *in rem actio ;* mais on la distingue soigneusement de l'*actio metus causa*, qui pouvait être exercée concurremment, et la nature personnelle de cette dernière *actio* est ainsi mise hors de doute. L. 9, § 4-6, quod metus (IV, 2), L. 3, C. eod. (II, 20).

(*d*) L. 3, § 3, 15, ad exhib. (X, 4).

(*e*) L. 6, § 5, L. 12, de aqua pluv. (XXXIX, 3). — L. 5, § 13, L. 7, pr., § 1, quod vi (XLIII, 24).

(*f*) § 5, J. de noxal. act. (IV, 8).

est de même de l'action en réparation de dommage causé par des animaux (*g*). — L'interdit *quod legatorum* est personnel, comme tous les interdits, et néanmoins il atteint tous les possesseurs de la chose dont le légataire s'est emparé sans en demander la délivrance (*h*). — L'action en payement d'impôts arriérés s'exerce contre le possesseur postérieur de l'immeuble imposé (*i*).

D'un autre côté, il y a certaines *in rem actiones* exclusivement dirigées contre une personne déterminée. Telle est notamment la *hereditatis petitio*, qui ne s'exerce pas contre tout possesseur, comme l'action résultant de la propriété, mais seulement contre celui qui possède *pro herede* ou *pro possessore* (*k*). — Quand un débiteur insolvable aliène frauduleusement ses biens au préjudice de ses créanciers, l'acquéreur des biens ainsi aliénés n'est soumis à la *Pauliana actio* que s'il est complice de la fraude ou s'il les a reçus à titre gratuit (*l*). Cette action est personnelle (*m*); néanmoins, elle peut, en cas de besoin, comme l'action résultant de la violence

(*g*) L. 1, § 12, si quadr. (IX, 1).

(*h*) L. 1, § 13, quod leg. (XLIII, 3), rapprochée de la L. 1, § 3, de interd. (XLIII, 1).

(*i*) L. 7, pr. de publicanis (XXXIX, 4).

(*k*) L. 9, 10, 11, de her. pet. (V, 3).

(*l*) L. 6, § 8, 11, L. 10, pr., § 2, quæ in fraud. (XLII, 8).

(*m*) L. 38, pr., § 4, de usuris (XXII, 1).

(note *c*), se transformer en *in rem actio* au moyen d'une restitution (*n*). Mais dans ce cas même, n'étant jamais dirigée que contre des personnes déterminées, c'est là une action *in rem* contre des défendeurs individuels (*o*). — Une loi de Justinien donne à la femme mariée une *vindicatio* en restitution de sa dot; mais cette loi, sainement entendue, ne donne d'action que contre le mari, et non contre les tiers acquéreurs (*p*).

(*n*) L. 10, § 22, quæ in fraud. (XLII, 8). Ainsi s'explique le § 6, J. de act. (IV, 6), dont l'expression, trop générale, pourrait faire regarder dans tous les cas la *Pauliana* comme une *actio in rem*, et faire méconnaître sa limitation à la personne du défendeur, contrairement aux textes cités, notes *l* et *m*. Quand je restreins notre texte au cas spécial d'une restitution, je puis en outre invoquer les mots *rescissa traditione*, et l'analogie du § 5, qui précède immédiatement, paragraphe relatif à une *in rem actio*, aussi fondée sur une restitution, et où se trouve dans le même sens l'expression de *rescissa usucapione*. Cf. Vinnius, ad § 6 cit., ibique Heineccius. Voici quel intérêt le demandeur pouvait avoir de préférer la *in rem* à la *in personam actio*. L'acquéreur soumis à la *Pauliana*, par suite de son dol ou de son titre de donataire, pouvait être lui-même en faillite, et alors l'action personnelle dirigée contre lui n'aurait eu aucun résultat.

(*o*) On pourrait appeler une action de cette espèce : *in rem actio in personam scripta*, non que je veuille recommander cette expression non authentique et nullement indispensable; je cherche seulement à mieux faire ressortir le rapport de cette espèce d'action avec celle dont je viens de parler, la *personalis in rem scripta*.

(*p*) L. 30, C. de j. dot. (V, 12) : « Si tamen exstant. » Le développement de ce principe trouvera sa place ailleurs.

Cependant on doit reconnaître que l'extension des actions personnelles à des adversaires indéterminés, comme la restriction des actions *in rem* à des adversaires déterminés, constituent des exceptions. Quand donc on ne peut point établir pour une action cette circonstance exceptionnelle, elle rentre dans la règle générale, c'est-à-dire qu'elle s'exerce contre des adversaires déterminés ou indéterminés, selon qu'elle est *in personam* ou *in rem*.

§ CCIX. *Division des actions. In personam, in rem.* (Suite.)

Jusqu'ici j'ai représenté la division des actions *in personam* et *in rem* comme reconnue du temps de Justinien, et même du temps de Gajus. Mais il est nécessaire de remonter encore plus haut pour bien saisir la filiation des idées, et réfuter complétement l'opinion erronée dont nous avons déjà vu (§ 207) des applications particulières.

Sous l'empire des anciennes *legis actiones*, la distinction des deux espèces d'actions était pleinement reconnue et exprimée par des formes de procédure spéciales. Toute *in rem actio* s'entamait par un acte symbolique, les *manus consertæ*, puis venait la nomination du *judex* et l'instruction de l'affaire devant lui. La *in personam actio* commençait immédiatement par la

nomination du *judex;* c'était donc la même marche que pour la *in rem actio*, moins le préliminaire de l'acte symbolique (*a*). Ainsi, on peut dire que les actions avec ou sans *manus consertæ* répondaient exactement à ce que l'on appela dans la suite *in rem* et *in personam actiones*.

Cette forme de procédure se conserva pour les affaires portées devant les centumvirs jusqu'à l'époque du plus grand développement de la science du droit; divers décrets du peuple l'ayant abolie pour toutes les autres affaires, la procédure *per formulas* lui fut ainsi substituée (§ 205. b). Il paraît que dans le commencement on n'usait pas de l'action *in rem*, car, tout débat pouvant y conduire, prenait, au moyen d'une *sponsio* forcée, le caractère d'une action résultant d'un contrat. Plus tard, le besoin de la pratique fit admettre, pour la propriété d'abord, que le demandeur pourrait choisir entre la *sponsio* forcée ou la voie plus simple d'actionner directement son adversaire en reconnaissance de la propriété. On employait à cet effet la *petitoria*

(*a*) Gajus, IV, § 16, 17. Dans les paragraphes mutilés qui précèdent, Gajus avait décrit la *in personam actio;* il continue en ces termes : « Si *in rem* agebatur, mobilia quidem et mo« ventia.... in jure vindicabantur ad hunc modum (Description « des manus consertæ).... deinde sequebantur quæcumque (si) « *in personam* ageretur....

formula (ordinairement appelée *rei vindicatio* dans les recueils de Justinien) avec l'*intentio : rem suam esse*, tantôt avec, tantôt sans *ex jure Quiritium*. Cet état de choses est clairement exposé dans Gajus (*b*), mais il existait déjà du temps de Cicéron, car celui-ci donne un exemple de la *petitoria formula* entièrement conforme aux termes de Gajus (*c*). Une seule *in rem actio* se trouva ainsi introduite dans la procédure par formules, et l'on pouvait dire alors que *in rem actio* était la dénomination individuelle de l'action résultant de la propriété, et *in personam actio* la désignation générique de toutes les autres actions.

Des traces de cette phraséologie se conservèrent, comme cela arrive toujours, jusque dans les temps postérieurs, et souvent nous voyons *in rem actio* employé comme nom individuel (*d*)

(*b*) Gajus, IV, § 91-95. Il y avait deux espèces d'actions en revendication de la propriété *per formulas*, et en outre la *Sacramenti legis actio* devant les centumvirs.

(*c*) Cicero in Verrem, II, 12. « *L. Octavius judex esto : Si* « *paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quiritium* « P. *Servilii esse, neque is fundus Q. Catulo restitueretur :* « non necesse erit L. Octavio judici cogere P. Servilium Q. Ca- « tulo fundum restituere, aut condemnare eum quem non opor- « teat? » Évidemment Cicéron fournit une formule usuelle et généralement admise, et l'injustice criante qu'il relève est, d'après cette rédaction, de voir restituer l'immeuble à un autre que celui qui a été représenté comme propriétaire.

(*d*) C'est ce que l'on voit dans Gajus (IV, 51, 91, 86, 87),

par des auteurs qui se servent d'ailleurs de cette expression comme désignant une classe entière d'actions opposée à la classe des *in personam actiones* (§ 206). Le besoin d'éviter les complications de la procédure par *sponsio* fit étendre la *petitoria formula* à d'autres droits que la propriété ; *in rem actio* eut alors un sens générique comme *in personam actio,* et l'on put dire avec Gajus : duo *genera* esse actionum, in rem et in personam (§ 206). Ainsi, l'action appelée *confessoria* n'est en réalité que la *petitoria formula* appliquée aux servitudes, de même que notre *hereditatis petitio* est la *petitoria formula* pour le droit de succession. Nous savons positivement que cette dernière a été reconnue plus tard que celle relative à la propriété, car Cicéron, qui connaît très-bien la *petitoria formula* pour la propriété (note *c*), dit expressément que pour le droit de succession il n'existe que deux formes

Ulpien (L. 1, § 1, de R. V., VI, 1), Paul (L. 23, pr. eod.), et dans plusieurs textes du titre du Digeste de R. V. (VI, 1). — Mais cela ne rend pas compte de la L. 25, pr. de O. et A. (XLIV, 7) : « In rem actio est per quam « rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus. » Comme ces mots viennent immédiatement après la division des *actiones in duo genera* (voy. § 206), ce n'est pas là une définition de la *in rem actio*, mais un exemple destiné à expliquer l'idée du genre. D'ailleurs, il résulterait de ces expressions qu'Ulpien lui-même refuserait à la *confessoria* le caractère d'une *in rem actio*.

d'actions, celle devant les centumvirs et celle par voie de *sponsio* (*e*).

Cette extension de la nouvelle forme de procédure ne s'opéra pas tout d'un coup, mais successivement et graduellement, tantôt pour une action déterminée, tantôt pour une autre. On employa à cet effet une expression indifférente et nullement nécessaire en soi, *res incorporalis* (*f*); comme on appelait les servitudes et les successions *res incorporales*, on ne se fit aucun scrupule de leur appliquer la *vindicatio* déjà usitée pour la *res corporalis*; et les termes de la formule pouvaient rester les mêmes, puisque les servitudes et le droit de succession faisaient partie, aussi bien que la propriété, de l'ancien droit civil rigoureux (*g*). Dans d'autres cas, on

(*e*) Cicero, in Verrem, I, 45 : « Si quis testamento se heredem « esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret, in here- « ditatem, aut, pro præde litis vindiciarum cum satis accepisset, « sponsionem faceret, ita de hereditate certaret. » Des trois formes d'actions énumérées par Gajus (note *b*), pour la réclamation de la propriété, deux seulement sont ici déclarées applicables à une succession litigieuse, tandis que s'il s'agit de la propriété, le même Cicéron (note *c*) suppose également applicable la troisième forme, la *petitoria formula*.

(*f*) Je ne prétends pas que cette expression ait été inventée dans ce but; en effet, elle embrasse aussi les obligations, et dès lors a bien plus d'extension que la *revendication* des choses incorporelles. — Au reste, je n'ai point à m'occuper ici de l'idée des choses incorporelles, cette critique trouvera sa place au quatrième livre.

(*g*) Pour la propriété, l'*intentio* était ainsi conçue : rem suam

eut recours à une *utilis actio*, c'est-à-dire à la fiction de la propriété exprimée dans la formule même (*h*). Mais comme ces actions allaient se multipliant tous les jours par suite des besoins de la pratique, on cessa enfin de recourir à des expédients pour appliquer l'action individuelle de la propriété à d'autres actions individuelles, et insensiblement se forma l'idée générique des *in rem actiones*, correspondant à l'ancienne idée générique des *in personam actiones*. Nous ne pouvons pas, faute de renseignements, suivre dans ses détails l'histoire de ce développement des idées; ensuite, il n'y eut sans doute pas de changement visible survenu à une époque déterminée, et sans doute aussi l'ancienne phraséologie subsista pendant un certain temps à côté de la nouvelle; mais, comme l'ancienne complication se rattachait à la composition littérale des *formulæ*, l'abolition de la procédure par formules dut contribuer à faire disparaître ce qui, dans l'usage, s'était conservé de l'ordre d'idées primitif.

Nous voyons le nouvel ordre d'idées exprimé de la manière la plus complète dans le texte cité

esse (Gajus, IV, § 92); par exemple : fundum Servilii esse (note *c*); ici l'*intentio* est : jus nostrum esse (Gajus, IV, § 3), ou hereditatem nostram esse.

(*h*) Ainsi, par exemple, la formule de l'action publicaine. (Gajus, IV, § 36.)

plus haut des Institutes de Justinien (§ 206); texte emprunté vraisemblablement à un ancien jurisconsulte, peut-être aux *res quotidianæ* de Gajus : nous n'avons du moins aucun motif pour rejeter cette supposition. Lors même que ce texte serait l'œuvre de la commission nommée par Justinien, on ne pourrait, sans injustice, le déclarer inférieur aux textes des anciens jurisconsultes; on ne devrait pas non plus le déclarer supérieur, et, contrairement à toute analogie, mettre les rédacteurs des Institutes au-dessus d'Ulpien et de ses contemporains. En effet, il ne s'agit point ici de deux opinions individuelles; et quand même nous préférerions la doctrine adoptée du temps de Justinien, il ne faudrait pas l'attribuer au mérite du rédacteur, mais bien à la force organique existant au sein de ces rapports de droit, et qui aurait trouvé, dans ce nouveau principe, sa manifestation la plus naturelle et la plus simple.

J'ai cru ces développements nécessaires pour mettre en garde contre un auteur moderne qui semble consacrer au rétablissement des vrais principes du droit romain une puissante dialectique et une critique sévère (*i*). Cet auteur admet les points historiques fondamentaux tels que je les expose ici; il considère comme la perfection

(*i*) Duroi, Observ. p. 32-35, p. 49-62. Duroi, Bemerkungen, notamment p. 253, 261, 280, 412 et sq.

absolue du droit romain en matière d'actions, la transition à la procédure *per formulas,* et les expédients exigés par les besoins de la pratique dans les divers cas particuliers; et l'expression si simple et si satisfaisante des Institutes de Justinien lui semble une corruption arbitraire du véritable droit romain, que nous serions condamnés à ignorer. Ce point de vue est faux et incomplet, même comme exposé purement historique du droit des actions; mais son application à la pratique doit être absolument rejetée. Ainsi, les extensions individuelles de l'action de la propriété, essayées du temps des anciens jurisconsultes, devraient, suivant cet auteur, être ramenées à des classes déterminées; et ces caractères accidentels et historiques auraient une vitalité tellement indestructible, qu'elles devraient servir de type même pour les institutions germaniques. Ainsi, l'on appliquerait aux charges réelles du droit germanique le principe de la revendication romaine des choses incorporelles, et le principe de l'*utilis vindicatio* aux fiefs et et aux biens de paysans (*k*). Je ne crois pas que,

(*k*) Duroi, Bemerkungen, p. 292-295, 386 sq., 418. — Soit qu'il s'agisse des institutions étrangères au droit romain, ou des institutions du droit romain lui-même, ce principe est également inapplicable. En effet, représenter la *confessoria* comme *vindicatio* d'une *res incorporalis,* c'est prétendre que cette action, au lieu de protéger les droits conférés par la servitude contre toute espèce de violation, garantit uniquement au propriétaire

pour apprécier les rapports de la vie actuelle, on ait jamais fait un abus aussi étrange de recherches historiques.

Je terminerai par quelques mots sur la transition qui peut s'opérer d'une classe d'actions à l'autre. Dans la plupart des actions *in rem,* à côté de l'objet principal du litige existent des réclamations accessoires, fondées sur des obligations, par exemple une indemnité due pour des fruits consommés ou pour détérioration de la chose revendiquée. Mais ces actions ayant une nature subordonnée et relative, quelle que puisse être d'ailleurs l'importance de leurs résultats, n'en demeurent pas moins des actions *in rem.* Il y a trois actions, au contraire, celles en partage, qui, fondées sur des obligations, sont à juste titre appelées *personales* (*l*), mais sont essentiellement distinctes des autres actions personnelles, en ce que la question de propriété peut y être décidée en même temps. En effet,

la propriété de son droit contre le possesseur de ce droit (Bemerkungen, p. 278, 281, 290-292). Ainsi appliquée, la *confessoria* répondrait très-mal aux besoins de la pratique; d'ailleurs, cette interprétation est en opposition directe avec plusieurs textes du droit romain. Cf. L. 60, § 1, de usufr. (VII, 1), L. 1 pr., L. 5 pr., si usufr. (VII, 6), L. X, § 1, si serv. (VIII, 5).

(*l*) L. 1, fin. reg. (X, 1). « Finium regundorum actio *in personam est,* licet pro vindicatione rei est. » L. 1, § 1, C. de ann. except. (VII, 40).

dans les actions en partage proprement dites (*familiæ herciscundæ* et *communi dividundo*), la demande en partage entraîne la décision de la copropriété litigieuse du demandeur s'il est en possession de la chose (*m*); et quant à l'*actio finium regundorum,* le demandeur peut recouvrer, aussi bien que par voie de revendication, la portion d'immeuble que lui enlevait la confusion des limites (*n*). C'est pourquoi l'on dit que ces actions *mixtam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam* (*o*). — Cette expression s'explique par la nature même des rapports de droit et par les prescriptions du droit Justinien. Dans l'ancien droit, cette expression avait encore un autre sens se rapportant plutôt à la forme, mais dont je ne puis donner l'explication que plus bas (§ 216). La *hereditatis petitio,* qui est certainement *in rem* (§ 207, *b*), est ainsi appelée dans un texte (*p*) *mixta personalis actio,* non à cause d'un mélange de personnalité dans ses effets, car ce caractère ne lui appartient pas exclusivement, mais parce que la personne du

(*m*) L. 1, § 1, fam. herc. (X, 2).

(*n*) « Pro vindicatione rei est. » Voy. note *l*.

(*o*) § 20, J. de act. (IV, 6). Je donne ici le motif capable de justifier cette expression. Mais a-t-elle été employée dans l'antiquité par un grand nombre ou par un petit nombre de jurisconsultes? C'est ce qu'on ne saurait déterminer.

(*p*) L. 7 C. de pet. her. (III, 31).

défendeur se trouve plus limitée que dans les autres *in rem actiones* (q).

§ CCX. *Division des actions. Actions pénales.*

La division suivante se rapporte aussi à la nature intime des actions, à leur objet, à leur but et à leurs effets. Elle paraît au premier abord n'être qu'une subdivision des actions personnelles (a), quoique dans une de ses modifications elle en excède de beaucoup les limites; elle se rapporte exclusivement, au contraire, aux actions qui concernent les biens.

Celles-ci, en effet, sont uniquement destinées à maintenir l'intégrité des biens de chacun, ou à la rétablir, si elle a été violée; elles empêchent que l'un ne soit dépouillé, et l'autre enrichi injustement. Telles sont la *rei vindicatio* et l'action résultant du prêt. Quand toutes deux atteignent leur but, elles laissent chacune des parties aussi riche qu'auparavant; elles empêchent un

(q) Cf. § 207, *b*, 208, *k*, et Appendice XIII, num. IX.

(a) § 17, J. de act. (IV, 6). « Rei persequendæ causa comparatæ sunt *omnes in rem actiones*. Earum vero actionum, *quæ* « *in personam sunt*, hæ quidem » rel. (Ici vient la division.) — D'après son objet principal, cette matière pourrait être envisagée comme une division des obligations, et retranchée du droit des actions. Mais elle a des points de contact si multipliés avec la théorie des actions, qu'il devient indispensable de les étudier dès à présent.

changement dans l'état des biens, et mettent le fait en harmonie avec le droit.

Une institution artificielle et toute positive attribue à plusieurs violations encore une autre conséquence. Elle dépouille l'auteur de la violation pour enrichir celui dont le droit a été violé. Ainsi donc, elle opère, par suite de la violation, un changement dans l'état des biens, et l'objet de ce changement s'appelle *pœna.*

Quand il y a une semblable *pœna,* les deux buts ici mentionnés, la conservation et le changement à titre de peine se poursuivent, tantôt par une seule action, tantôt par deux actions séparées (*b*); mais c'est là une circonstance accidentelle et secondaire. D'une action tendant à la simple conservation des biens, on dit : *rem persequitur, rei persequendæ causa datur;* d'une action ayant la peine pour objet : *pœnam persequitur, pœnæ persequendæ causa datur, pœnalis est;* d'une action réunissant les deux buts : *mixta est;* quoique souvent aussi on l'appelle simplement *pœnalis* (*c*). Nous n'avons point à nous oc-

(*b*) Ainsi la *condictio furtiva* a pour objet d'obtenir la restitution de la chose ou sa valeur, c'est-à-dire, la conservation des biens; la *furti actio* n'a pour objet que la peine; l'*actio vi bonorum raptorum* embrasse à la fois les biens et la peine,

(*c*) Les textes les plus généraux sont : Gajus, IV, § 6-9, § 16-19, J. de act. (IV, 6). Je vais passer tout à l'heure à l'examen de la phraséologie. — Les auteurs modernes appellent souvent l'une de ces espèces d'actions : rei *persecutoriæ;* mais cet adjectif ne

cuper spécialement de cette dernière espèce, car elle se compose en réalité de deux actions distinctes, et dès lors il est presque toujours facile, même dans l'application, d'en séparer les parties constitutives.

Les deux espèces d'actions que je viens de décrire ont pour toutes les parties un résultat de même nature; les actions pénales changent l'état des biens, les autres actions le conservent. Mais la simplicité de ce rapport se trouve compliquée par une classe d'actions nombreuse et importante, qui occupe une place intermédiaire. Leur caractère distinctif est d'avoir pour chacune des parties un résultat d'une nature différente : pour le demandeur, la conservation de l'état des biens; pour le défendeur, un changement possible de cet état; et ainsi, l'objet de l'action est une indemnité pour le demandeur, une peine pour le défendeur. Je citerai comme exemple de cette classe intermédiaire l'*actio doli*. Cette action ne procure jamais rien de plus au demandeur que la réparation du dommage causé par la fraude de son adversaire. Le défendeur doit cette réparation, quand même il n'aurait

se trouve nulle part. Comme substantif, et dans un sens tout différent, ce mot se trouve une seule fois au code Justinien (L. un. C. J., de auri publ., X, 72); mais cette leçon est elle-même fort douteuse, car dans le code Théodosien ont lit : *persecutoria* (L. un. C. Th. eod., XII, 8).

pas été déterminé par l'appât du gain, mais seulement par la malignité, et alors l'action opère sur lui comme peine, car elle l'appauvrit positivement, et ne se borne pas à empêcher un gain illicite (*d*).

Cette complication de rapports, là où elle nous apparaît pure et complète, suppose la *destruction* d'une portion de biens, qui appauvrit le propriétaire sans enrichir l'auteur de la violation du droit.

Au reste, lorsque je donne comme signe caractéristique de cette classe intermédiaire d'agir comme peine à l'égard du défendeur, j'envisage le cas dans ses extrêmes limites. Ainsi, pour reprendre l'exemple déjà cité, l'auteur de la fraude peut gagner tout ce que perd le demandeur, et alors il ne subit réellement pas une peine; il ne fait que restituer un gain illicite. Mais la simple possibilité de la peine détermine la nature juridique de l'action, et l'on n'a point égard aux différences accidentelles que peuvent avoir, dans leurs résultats, certains cas particuliers. L'objet de ces actions peut donc être mixte ou

(*d*) L. 39, 40, de dolo (IV, 3). — Cette variété des actions pénales n'a pas toujours été aperçue par les auteurs. Parmi ceux qui l'ont reconnue, je citerai Vinnius sur le § 1, J. de perpet. (IV, 12), Num., 4, 5. Elle se trouve aussi soigneusement étudiée. mais envisagée et exprimée autrement que je ne le fais ici, dans Kierullfs Thorie des gemeinen Civilrechts, vol. 1, p. 220-230.

complexe, comme j'en ai fait la remarque au sujet des actions pénales bilatérales là où elles portent le nom de *mixtæ actiones;* mais dans ces deux espèces de cas, le mélange a une nature différente et différentes limites.

Pour me faire comprendre en peu de mots, j'emploierai les expressions suivantes :

Actions pénales bilatérales, qui opèrent pour les deux parties un changement dans l'état des biens, comme la *furti actio*.

Actions pénales unilatérales, susceptibles d'avoir la nature d'une peine, mais seulement pour le défendeur, telle que la *doli actio.*

Actions conservatrices, ne changeant l'état des biens pour aucune des parties, telles que l'action résultant de la propriété ou d'un prêt (*e*).

La phraséologie des jurisconsules romains n'est nullement constante, et, plus qu'en toute autre matière, demande à être soigneusement étudiée.

1° Pour les actions pénales bilatérales, nous trouvons les désignations suivantes :

Pœnales actiones.

§ 9, J. de L. Aquil. (IV, 3).

(*e*) Quand on a besoin de comprendre sous un seul nom les actions exclusivement pénales et celles en réparation, on pourrait adopter l'expression d'*actions en dommages,* par opposition aux actions purement pénales. Je m'en servirai plus bas, § 234.

§ 1, J. de perpet. (IV, 12).

L. 23, § 8, ad L. Aquil. (IX, 2) (Ulpian.).

L. 1, § 23, de tut. (XXVII, 3) (Ulpian.).

L. 1 pr. de priv. del. (XLVII, 1) (Ulpian.).

L. 111, § 1, de R. J. (L. 17) (Gajus).

Pœnam persequuntur, pœnæ persequendæ causa comparatæ, ad pœnam respiciunt.

Gajus, IV, § 6-9.

§ 16-19, J. de act. (IV, 6).

L. 50, pro soc. (XVII, 2) (Paul.).

Par opposition à ces actions, on dit, en parlant de toutes les autres, ce qui comprend aussi les actions pénales unilatérales :

Rem persequuntur, rei persequendæ causa comparatæ, ad rei persecutionem respiciunt, rei persecutionem continent.

Gajus, IV, § 6-9.

§ 16-19, J. de act. (IV, 6), et ici l'on ajoute le mot *mixtæ* pour désigner les actions mixtes.

L. 50, pro soc. (XVII, 2) (Paul.).

L. 21, § 5, de act. rer. amot. (XXV, 2) (Paul.).

Au point de vue de cette phraséologie, les actions pénales unilatérales sont spécialement désignées de la manière suivante :

Factum puniunt.

L. 9, § 1, quod falso (XXVII, 6) (Ulpian.).

Ex delicto dantur, pertinent ad rei persecutionem.

L. 7, de alien. jud. (IV, 7) (Gajus).

Pœnæ nomine concipiuntur, rei continent persecutionem.

L. 9, § 8; L. 11, reb. auct. jud. (XLII, 5) (Ulpian.).

Non est pœnalis, sed rei persecutionem continet.

L. 4, § 6 de alien. jud. (IV, 7) (Ulpian.).

Ainsi, dans tous ces textes, la distinction caractéristique porte sur cette circonstance, que tantôt l'action enrichit, tantôt indemnise le demandeur.

2° Mais il y a aussi d'autres textes où les mêmes expressions sont employées pour distinguer les différents effets de l'action sur les biens du défendeur, selon qu'il doit dans tous les cas faire une prestation, même en devenant positivement plus pauvre, ou seulement restituer ce qui serait un gain illicite (quod ad eum pervenit, quatenus locupletior est, ut lucrum extorqueatur).

Par application de cette seconde phraséologie, et contrairement à celle qui précède, l'action pénale unilatérale est appelée *pœnalis*.

L. 1, § 5, 8, ne vis fiat (XLIII, 4) (Ulpian.).

Et, par voie de conséquence, les expressions *rei persecutionem continent* s'appliquent exclusivement aux actions conservatrices; de sorte que les actions pénales unilatérales, nommément la *doli actio*, ne sont pas comprises sous cette dénomination.

L. 35 pr. de O. et A. (XLIV, 7) (Paul.).

L. 3 pr., § 1, de vi (XLIII, 16) (Ulpian.).

L. 3, § 1 (L. 1, § 4 L. 10), si quid in fraud. (XXXVIII, 5) (Ulpian.).

L. 7, § 2, de cond. furtiva (XIII, 1) (Ulpian.). On ne doit donc se servir qu'avec une grande réserve de la dénomination d'une action pour en déterminer la nature ; car le même Ulpien, tantôt impose et tantôt refuse le nom de *pœnalis actio* à une action pénale unilatérale, et l'emploi des expressions *rei persecutionem continent* offre la même incertitude.

§ CCXI. *Division des actions. Actions pénales.* (Suite.)

La nature propre des actions pénales peut se ramener aux principes suivants :

A) Quand l'acte a été commis par un esclave, l'action peut s'exercer contre le maître comme *noxalis actio;* cette règle s'applique également aux deux espèces d'actions pénales (*a*).

(*a*) Presque tous les textes sur les actions noxales se rapportent à des actions pénales bilatérales; la plupart à la *furti actio*. D'où il résulte déjà que l'on peut exercer comme noxales les actions unilatérales, puisqu'elles ont moins de gravité; c'est effectivement ce que l'on voit dans la L. 9, § 4, de dolo (IV, 3), et dans la L. 9, § 1, quod falso (XXVII, 6). La L. 1, § 2, de priv. del. (XLVII, 1), dit en outre : « In ceteris quoque actionibus; *quæ ex* « *delictis oriuntur*... placet ut noxa caput sequatur. » Or, cette expression embrasse évidemment les deux espèces d'actions pé-

B) Quand plusieurs individus se réunissent pour commettre un délit, on distingue entre les deux espèces d'actions pénales. Les actions bilatérales s'exercent pour la peine tout entière contre chacun des complices; de sorte que la peine est subie autant de fois qu'il y a de personnes participant au délit (*b*). Les actions unilatérales peuvent, au choix du demandeur, s'exercer contre tout complice; mais, dès que l'un d'eux a acquitté ce qui est ou peut être une peine, les autres se trouvent libérés (*c*). Et, en

nales. Quant aux actes des esclaves, obligatoires de leur nature, on peut dire en général que l'*actio de peculio* et l'*actio noxalis* s'excluent mutuellement. S'il s'agit d'un acte juridique, l'*actio de peculio* est seule admissible; l'*actio noxalis*, s'il s'agit d'un délit. L. 49, de O et A. (XLIV, 7).

(*b*) L. 51., in f. ad L. Aquil. (IX, 2), L. 55, § 1, de admin. (XXVI, 7): « Nam in aliis furibus », rel., L. 5, § 3, si quis eum (II, 7), L. 1, C. de cond. furt. (IV, 8): « Prætor provinciæ sciens furti quidem actione *singulos quosque in solidum* teneri, condictionis vero numorum furtim substractorum *electionem esse*, ac tum demum, si ab uno satisfactum fuerit, *ceteros liberari*, jure proferre sententiam curabit. » Si nous n'avions ici que les mots *in solidum*, on pourrait par voie d'analogie les rapporter à un droit d'élection quant à la peine, mais l'addition de *singulos quosque*, et plus encore le contraste si bien marqué de la *condictio furtiva*, mettent la pensée du jurisconsulte hors de doute. Il faut en dire autant et à bien plus forte raison de l'injure, puisque l'acte de chaque individu constitue une injure en lui-même. L. 34, de injur. (XLVII, 10). C'est à des actions de cette espèce que se rapporte la L. 5, pr. de nox. act. (IX, 4): « nec altero convento alter liberabitur. » — Voyez plus bas, § 234.

(*c*) L. 1, § 4, de eo per quem factum (II, 10), L. 14, § 15, L.

effet, le demandeur n'ayant que le droit de se faire indemniser, l'indemnité ne peut être payée qu'une fois.

C) Quant à la transmission des actions pénales contre les héritiers du défendeur, il existe des règles différentes pour les deux espèces d'actions.

Les actions pénales bilatérales ne s'exercent jamais contre les héritiers; en d'autres termes, nul ne peut réclamer ce qui lui est attribué à titre de peine contre les héritiers de son débiteur (*d*). Néanmoins il y a ici deux observations à faire. — Si l'action est *mixta*, la portion due à titre d'indemnité peut être réclamée contre les héritiers du délinquant, jusqu'à concurrence du bénéfice que leur procure le délit (*e*); telle est, en effet, la règle générale pour toutes les obligations fondées sur un délit (*f*). — Si l'action

15, quod metus (IV, 2), L. 1, § 10, L, 3, 4, de his qui effud. (IX, 3), L. 17, pr. de dolo (IV, 3). Cf. § 232, et Ribbentrop, von Correalobligationen, §§ 14, 15.

(*d*) Gajus IV, § 112. § 1, J. de perpet. (IV, 12), L. 1, pr. de priv. del. (XLVII, 1), L. 5, § 4, si quis eum (II, 7), L. 111, § 1, de R. J. (L. 17), L. 22 de op. novi nunc (XXXIX, 1), L. 5, § 5. 13, de effusis (IX, 3), L. 8, de popul. act. (XLVII, 23).

(*e*) L. 4, § 2, de incendio (XLVII, 9). — La L. 5, pr. de calumn. (III, 6), ne paraît pas tout à fait d'accord avec cette règle, puisque cette action qui, en principe, a une peine pour objet, peut s'exercer contre les héritiers. Mais l'*actio in simplum*, la seule dont il soit ici question, n'a pas en réalité un caractère purement pénal; car elle est exclue par l'exercice de la condiction. L. 5, § 1, eod.

(*f*) L. 38, de R. J. (L. 17), L. 5, pr. de calumn. (III, 6). —

est exercée contre le délinquant lui-même, et que celui-ci meure après la *litiscontestatio*, l'action revêt le caractère d'un contrat, et passe avec toutes ses suites contre les héritiers (*g*).

Le principe posé tout à l'heure sur la portion constituant l'indemnité dans les *mixtæ actiones*, s'applique aux actions pénales unilatérales. Elles s'exercent contre l'héritier dans les limites du bénéfice que lui procure l'acte de son auteur (*h*).

Cette règle s'applique également aux crimes. L. 20, de accus. (XLVIII, 2), L. 12, de L. Corn. de falsis (XLVIII, 10). — Au reste, ce n'est là qu'un moyen secondaire d'empêcher que, dans aucun cas, les biens du coupable ne se trouvent augmentés par suite de son délit. Ce but une fois atteint par toute autre action exercée contre les héritiers, on en revient au principe que les actions pénales n'atteignent pas les héritiers. Ainsi s'expliquent la L. 3, § 27, vi bon. rapt. (XLVII, 8), et la L. 1, § 23 de tutelæ (XXVII, 3).

(*g*) § 1, J. de perpet. (IV, 12), L. un. C. ex delictis (IV, 17), L. 26 de O. et A. (XLIV, 7), L. 139, pr. de R. J. (L. 17). — D'après la L. 33 de O. et A. (XLIV, 7), on pourrait croire que, même sans *litiscontestatio*, l'action une fois introduite passe aux héritiers; mais ce texte s'applique aux cas où le défunt a, par son fait, retardé la *litiscontestatio*, comme dans l'espèce de la L. 10. § 2, si quis caut. (II, 11). Cf. Glück, vol. VI, p. 196.

(*h*) L. 35, pr. de O. et A. (XLIV, 7), L. 44 de R. J. (L. 17), L. 1 de eo per quem factum (II, 10), L. 16, § 2, L. 19 quod metus (IV, 2), L. 17, § 1, L. 26 de dolo (IV, 3), L. 9, § 8, L. 10 de reb. auct. jud. (XLII, 5), L. 1, § 48, L. 2, L. 3 pr. de vi (XLIII, 16), L. un. C. ex delictis (IV, 17). — Ce principe, admis par la plupart des auteurs, a été combattu en partie dans un ouvrage moderne, Franke, Beiträge, p. 28-41. D'après Franke, les simples actions en dommages, que j'appelle actions pénales unilatérales, ne passent avec restriction aux héritiers que

— Ici, comme dans le cas précédent, la *litiscontestatio* rend son obligation illimitée (note *g*).

Dès que l'on cherche à apprécier l'importance et la valeur réelle de ces dispositions spéciales, on reconnaît que les actions noxales n'existent plus pour nous. Les règles relatives au cas où il y a plusieurs parties conjointes, n'offrent qu'un intérêt secondaire sans avoir rien qui nous répugne; mais celles qui restreignent la transmission de l'action contre les héritiers méritent un sérieux examen. — Les actions pénales bilatérales, envisagées d'un point de vue plus élevé, nous apparaissent comme essentiellement différentes des actions pénales unilatérales. Si un criminel, condamné à la prison ou à la mort, meurt avant d'avoir subi sa peine, nul ne songera qu'elle doit être

s'il s'agit d'actions prétoriennes; s'il s'agit d'actions civiles, elles s'exercent sans restrictions contre les héritiers; mais il n'y en a qu'une seule de cette espèce, la *condictio furtiva*. Cette distinction, que l'auteur ne justifie par aucune raison satisfaisante (p. 37), tombe devant la preuve que la *condictio furtiva* n'était pas une action résultant d'un délit (appendice XIV, num. XVII, XVIII), et elle est en outre détruite par l'*actio L. Aquiliæ*. La manière artificielle d'estimer le dommage en fait sans doute une action pénale bilatérale. Mais si le principe que Franke établit était fondé, celui qui a souffert le dommage pourrait exercer sans restrictions son action contre les héritiers, en renonçant à la peine et en se contentant des dommages-intérêts, calculés d'après l'époque du délit; il se trouverait alors dans la même position que se trouve, suivant Franke, le demandeur dans le cas de la *condictio furtiva*. Néanmoins il ne peut réclamer contre les héritiers que la part dont ils sont enrichis. Cf. § 212, g.

infligée à son héritier ; en effet, le droit criminel n'atteint que l'homme naturel, l'individu (§ 94), non le possesseur d'un ensemble de biens, et c'est à cette qualité seule que succède l'héritier. Le cas d'une amende prononcée au profit du fisc n'offre pas une différence essentielle ; car, si elle porte sur les biens, les biens ne sont que l'instrument de la peine, et la différence entre ce moyen de peine et ceux mentionnés plus haut est d'une nature secondaire. Enfin, l'amende privée du droit romain ne diffère pas non plus essentiellement de celle au profit du fisc ; l'État autorise la partie lésée à réclamer et à conserver l'amende. Dans tous ces cas, l'essence de la peine reste toujours la même ; son but immédiat est un mal dirigé contre le coupable (*i*), quelle que soit d'ailleurs la nature de ce mal. Ainsi, dans tous ces cas, lorsque le mal atteint un autre que le coupable, son héritier, par exemple, qui n'a comme héritier aucune part au délit, on contredit la nature véritable de la peine.

La règle du droit romain qui déclare les peines proprement dites non transmissibles aux héritiers (note *d*), se trouve donc pleinement justifiée.

Mais il en est tout autrement de l'indemnité,

(*i*) Ce but immédiat est admis de tout le monde, quelle que soit la divergence des opinions sur le but ultérieur, la réparation du mal (§ 9, *b*), l'intimidation, la prévention ou la réforme morale du coupable.

car elle constitue une obligation identique de sa nature aux obligations fondées sur les contrats ; elle est donc, dès son origine, inséparable des biens, et n'a rien de commun avec l'individualité ou la sensibilité de l'agent sur lesquelles s'exerce la peine. D'après la nature de ce rapport, il devrait passer sans restriction aux héritiers, comme les obligations contractuelles ; et, si l'on voulait établir des degrés entre ces deux espèces d'obligations, le payement de l'indemnité devrait être exigé avec encore plus de rigueur que l'exécution des contrats. Ainsi, quand les Romains n'imposent aux héritiers le payement de l'indemnité qu'avec de grandes restrictions, et violent en réalité le droit de la partie lésée (*k*), cela vient sans doute de ce qu'ils ont confondu deux choses essentiellement différentes, l'indemnité et la peine. Le fait de cette confusion est clairement établi par les incertitudes de la phraséologie signalées plus haut, et l'on peut en attribuer la cause à plusieurs circonstances. D'abord la ressemblance apparente, mais trompeuse, entre l'indemnité et la peine, qui toutes deux dimi-

(*k*) Cela est évident quand un homme riche commet le crime d'incendie par esprit de vengeance, et meurt avant l'introduction de la plainte. Son héritier ne se trouvant pas enrichi par ce fait, n'est pas soumis à l'*actio L. Aquiliæ*. L. 23, § 8, ad L. Aquil. (IX, 2). De même, quand quelqu'un trompe un autre par pure malice, et lui occasionne un grand dommage sans en retirer aucun profit.

nuent les biens du coupable. Souvent ensuite, dans les actions pénales, l'indemnité et la peine sont mêlées, de telle sorte qu'il est difficile de les distinguer (*l*). Enfin, on pouvait se faire illusion sur l'injustice de cette doctrine, parce qu'elle ne s'appliquait pas au cas le plus fréquent et le plus grave, celui du vol. L'indemnité se poursuivait alors, non par une action fondée sur un délit, mais par voie de condiction, et la condiction, de sa nature, s'exerce sans restrictions contre les héritiers.

Voici qu'elle a été dans la suite la destinée de cette règle de droit peu équitable. Le droit canon la rejeta, et accorda l'action contre les héritiers,

(*l*) Ce mélange se retrouve à différents degrés dans les actions pénales qui encore aujourd'hui nous apparaissent comme *mixtæ :* ainsi dans l'*actio vi bonorum raptorum,* où la distinction est facile, et dans l'*actio Aquiliæ,* où la distinction offre plus de dificulté. Ce mélange avait vraisemblablement plus d'extension encore dans l'ancien droit. Ainsi, la *furti actio* était originairement une action mixte. Le double ou le quadruple de la valeur de la chose servait non-seulement à en réparer la perte, mais aussi à garantir l'intérêt supérieur du propriétaire, et, en outre, à lui procurer un bénéfice; voilà ce qu'indique l'ancienne expression : pro fure *damnum* decidere. Plus tard, la *condictio furtiva* eut pour objet de faire restituer la chose même, ou d'indemniser complétement le propriétaire (non plus de lui rendre la valeur de la chose), et dès lors la *furti actio* devint sans doute une action purement pénale. Je me contente d'indiquer ici ce point de vue, dont le développement trouvera sa place ailleurs. S'il est conforme à la vérité, le motif donné dans le texte n'a d'application qu'aux temps postérieurs.

sans distinguer s'ils profitent ou non du délit (*m*), et à la restriction du droit romain il en substitua une autre, mais bien moins importante. L'héritier ne dut pas être tenu de l'indemnité au delà des forces de la succession, c'est-à-dire, qu'il ne dut jamais être poursuivi sur ses propres biens, alors même qu'il aurait négligé de faire inventaire. Cette nouvelle restriction n'avait dans les lois pontificales elles-mêmes qu'une faible apparence de fondement (*n*); sa véritable base est la pratique constamment suivie depuis le moyen âge. On voulait modifier le droit romain dans l'intérêt légitime de la partie lésée, mais on voulait en même temps atténuer cette modification, et la nouvelle disposition nous apparaît comme une demi-mesure sans valeur réelle (*o*); il eût mieux

(*m*) C. 3, C. 16, q. 6, C. 14, X, de sepult. (III, 28), C. 5, X, de rapt. (V, 17), C. 9, X, de usuris (V, 19), C. 28, X, de sent. excomm. (V, 39).

(*n*) On lit dans le C. 5, X, de raptor. (V, 17) : « Heredes... « *juxta facultates suas* condigne satisfaciant; » addition oiseuse qui signifie : autant qu'ils le pourront. Contrairement à la lettre, on a entendu les *facultates* de la *succession*.

(*o*) Voilà la seule manière dont on pourrait justifier cette nouvelle restriction. Quand un héritier accepte une succession sans faire inventaire, et que les dettes absorbent les biens, il doit imputer à son imprudence le dommage qu'il éprouve; car il aurait pu s'enquérir de la position du défunt. Mais les délits sont ordinairement cachés, et un héritier est plus excusable de n'avoir pas connu les obligations résultant d'une semblable cause, ou de ne pas les avoir crues possibles. — Au reste la plupart des auteurs se contentent d'invoquer l'*æquitas* sans la discuter.

valu déclarer l'indemnité exigible sans restrictions, comme toute autre dette, ce qui, du reste, serait en harmonie avec les sources du droit canon.

Des auteurs modernes allemands ont contesté l'autorité de cette disposition du droit canon; mais leurs arguments sont faciles à réfuter. D'abord, disent-ils, le pape ordonne de n'employer que des moyens de contrainte spirituels, et cela ne ressemble pas à une règle de droit. Mais ces moyens de contrainte spirituels étaient ceux dont le pape disposait directement dans tous les pays, et ici, comme ailleurs, l'emploi de ces moyens ne dut être regardé que comme la reconnaissance d'un principe de droit. — Ensuite, ajoutent-ils, le salut de l'âme du défunt figure, dans les textes cités, comme motifs de contrainte contre l'héritier; or, il serait à craindre qu'en admettant ces textes, on ne semblât reconnaître la doctrine du purgatoire, ce qui porterait atteinte à la pureté de la doctrine évangélique. Mais la reconnaissance du principe de droit est pour nous la seule chose importante, et que ne change pas un motif dogmatique ajouté ou retranché. — Ainsi donc, la disposition du droit canon, modifiée par la pratique, doit être regardée comme le résultat incontestable du droit commun actuel (*p*).

(*p*) Toute cette question est très-bien traitée dans Böhmer, jus

§ CCXII. *Division des actions. Actions pénales.* (Suite.)

Après avoir exposé la nature et les effets des deux espèces d'actions pénales, il me reste à les montrer dans leur application à des cas particuliers, et surtout à déterminer comment ces notions se rattachent à la division fondamentale des actions (*in personam, in rem*).

Les actions *in rem* ne peuvent jamais nous apparaître comme actions pénales bilatérales (§ 210, *a*); mais elles peuvent quelquefois revêtir la nature d'actions pénales unilatérales. Lorsque, dans une action fondée sur la propriété, le droit de gage, l'emphytéose, le droit de superficie ou le droit de succession, notre adversaire ne possède pas, mais a abandonné la possession frauduleusement et à notre préjudice (*dolo desiit possidere*), ou bien nous a trompés par une possession apparente (*liti se obtulit*), il doit supporter, comme un possesseur véritable, l'action et toutes ses conséquences. Alors l'action revêt précisément la nature d'une action pénale unilatérale fondée sur une *obligatio ex delicto* (*a*),

eccl. Prot., Lib. 5, T. 17, § 132-137, et dans Franke, Beiträge, p. 44-57. — Les témoignages de plusieurs praticiens sont rapportés dans Müller ad Leysser, T. VI, p. 176.

(*a*) La preuve que l'action devient personnelle, c'est qu'en cas de faillite le demandeur n'a pas de privilége sur la chose, et ne

et elle ne s'exerce contre l'héritier que s'il se trouve enrichi par la fraude de son auteur (*b*).

Les actions personnelles fondées sur des contrats sont presque toutes des actions purement conservatrices, sans aucun mélange de pénalité. Dans un seul cas, celui du dépôt nécessaire, l'action nous apparaît comme *mixta*, et dès lors comme action pénale bilatérale (*c*). — Un point beaucoup plus important est que la fraude de l'une des parties ne donne pas aux actions fondées sur des contrats la nature du délit; ces actions restent purement contractuelles, et même dans ce cas elles s'exercent sans restrictions contre les héritiers (*d*).

figure que comme créancier. L. 21, § 2, de rebus auct. jud. (XLII, 5). — Le défendeur condamné à la *litis æstimatio*, pour un autre motif, une *culpa*, par exemple, acquiert les droits d'un acheteur quant à la revendication de la chose (L. 21, 46, 47, 63, de R. V. VI, 1). Ici il n'acquiert aucun droit (L. 63, 69, 70 eod.), et le propriétaire peut toujours agir contre le tiers détenteur. (L. 95, § 9. de solut. (XLVI, 3), L. 13, § 14, de her. pet. (V, 3).

(*b*) L. 52 de R. (VI, 1).

(*c*) C'est ainsi que la règle et l'exception sont posées au § 17, J. de act. (IV, 6). Si l'on admet que le demandeur ait droit dans tous les cas au double de la valeur, c'est là une exception tout à fait isolée. Mais le § 26, J. de act. (IV, 6), restreint la peine au cas où le dépôt a été nié (comme l'indiquent le *perfidiæ crimen* et le *fidem frangere* de la L. 1, § 4, depositi, XVI, 3), et alors l'exception rentre dans d'autres cas dont je parlerai tout à l'heure (note *f*).

(*d*) L. 49 de O. et A. (XLIV, 7), L. 1, § 7, depositi (XVI, 3),

Le domaine propre des actions pénales sont les obligations résultant de délits. Elles engendrent toutes des actions pénales, les unes bilatérales, les autres unilatérales. — Un grand nombre d'entre elles se rapportent à des délits commis à l'occasion d'un procès. Les actes punissables de cette espèce tantôt engendrent des actions indépendantes (*e*), tantôt ne font qu'a-

L. 157, § 2, de R. J. (L. 17), L. 8, § 1, de fidej. et nomin. (XXVII, 7). De même, on ne peut intenter contre l'esclave, après l'affranchissement, l'*actio depositi ex dolo*, quoiqu'on puisse intenter contre lui toutes les actions résultant de délits, L. 1, § 18, depos. (XVI, 3.) — Voici un texte qui fait naître un doute, § 1, J. de perpet. (IV, 12) : « Aliquando tamen etiam ex contractu « actio contra heredem non competit, (veluti) cum testator dolose « versatus sit, et ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenerit. » Si la leçon veluti était authentique, ce texte contredirait la règle posée dans les textes du Digeste cités plus haut; mais si, comme on doit le faire, on rejette cette leçon, le texte dit simplement que la règle souffre des exceptions, mais sans les nommer. Or, tant que l'on ne justifie pas de ces exceptions, l'assertion reste pour nous sans aucune valeur. Nous savons maintenant que ce texte résulte d'une modification maladroite de Gajus, IV, § 113. Gajus avait cité diverses actions résultant de contrats qui ne s'exercent pas contre les héritiers, mais qui, n'existant plus du temps de Justinien, devaient être omises. Les compilateurs, ne voulant pas effacer tout à fait l'observation, lui ont donné ce caractère de généralité, dans l'espoir, sans doute, que le Digeste renfermerait quelques exceptions à la règle. Le cas du dépôt, présenté comme variante du texte par Théophile, ne résout nullement la difficulté. Cette question est traitée avec profondeur dans Franke, Beiträge, p. 16-26.

(*e*) Ainsi, par exemple, les actions pénales dont parle le second livre du Digeste.

jouter une peine aux actions existant déjà (*f*).

Deux actions particulières exigent ici une mention spéciale, parce qu'elles peuvent aisément donner lieu à des méprises. — L'*actio Legis Aquiliæ* a pour objet direct l'indemnité; mais elle contient une peine indéterminée et purement éventuelle, en ce sens que le demandeur peut, dans de certaines limites, faire remonter l'application de l'indemnité à une époque antérieure qui lui est plus favorable. Cette peine éventuelle, et rarement applicable, a été une cause d'incertitude en cette matière. Comme *mixta actio*, elle ne s'exerce contre les héritiers que dans les limites de leur bénéfice (*g*). Quand elle concourt

(*f*) Telles sont les actions où *lis inficiando crescit in duplum* (Cf. note *c*). Elles ne sont pas en général appelées *pœnales actiones*, parce qu'on ne peut prévoir d'avance s'il y aura lieu à l'addition de la peine. — J'en dis autant de l'*actio quod metus causa*, où la peine n'est encourue que si le défendeur se refuse à satisfaire le demandeur avant le jugement.

(*g*) L. 23, § 8, ad L. Aquil. (IX, 2). C'est avec cette restriction qu'il faut entendre les textes dont les expressions générales semblent refuser toute action contre les héritiers. L. 10, pr. comm. div. (X, 3). § 9, J. de L. Aquilia (IV, 3). Ce dernier texte ajoute : « quæ transitura fuisset, si ultra damnum numquam lis æstima« retur, » ce qui est en contradiction avec les règles de droit reconnues par tous les anciens jurisconsultes. On ne doit voir dans cette amplification qu'une tentative irréfléchie des compilateurs d'éclairer toutes les faces du sujet. Franke, Beiträge, p. 30, 41, 44, trouve, dans cette assertion hypothétique, un nouvel argument en faveur de son opinion, que toutes les actions *civiles* en dommages-intérêts résultant d'un délit, s'exerçaient sans restriction contre les héritiers. Voy plus haut, § 211, *h*.

avec d'autres actions, sa nature équivoque a donné lieu à des décisions vagues et à des controverses entre les anciens jurisconsultes (*h*). Mais s'il y a plusieurs défendeurs, elle est, sans contestation, traitée comme action pénale bilatérale, la *furti actio,* par exemple, et chacun des défendeurs doit payer la somme totale, sans être libéré par le payement antérieur d'un de ses complices (*i*).

L'action en restitution du double de la valeur, introduite par la loi des douze Tables contre le tuteur qui a détourné une chose appartenant à son pupille, présente également un caractère équivoque. On pourrait, au premier abord, à cause du payement du double, la considérer comme *mixta actio,* c'est-à-dire comme action pénale bilatérale. Néanmoins, s'il y a plusieurs tuteurs, elles nous apparaît comme plus restreinte que l'*actio Legis Aquiliæ,* car le payement fait par l'un des tuteurs libère les autres (*k*). Par rapport à la *condictio furtiva,* le demandeur n'a que l'alternative du choix; car l'une est exclusive de

(*h*) Voy. § 233, 234.

(*i*) Voy. § 234 dı.

(*k*) L. 55, § 1, de administ. (XXVI, 7). Ces mots : « et quam- « vis unus duplum præstiterit, nihilominus etiam alii teneantur? » doivent être compris dans l'interrogation qui précède, puisque la réponse négative est évidemment contenue dans toute l'argumentation suivante.

l'autre (*l*). La même alternative existe pour la *tutelæ actio* (*m*). Tout cela s'explique, en ce que le double de la valeur n'est là que pour suppléer un intérêt possiblement très-supérieur à la valeur de la chose (*n*); le pupille spolié est donc libre de prouver directement cet intérêt au moyen de la *tutelæ actio* ou de la *condictio furtiva*, ou d'intenter l'action en payement du double de la valeur. La *furti actio*, et cela est très-conséquent, existe toujours pour la poursuite de la peine (*o*). Mais elle ne s'exerce jamais contre les héritiers, sans doute parce qu'elle implique une addition de peine (*p*).

On doit aussi se garder de confondre les actions pénales avec quelques institutions analogues. — Les peines conventionnelles ont le même but et le même résultat que celles établies par les règles générales du droit; aussi leur donne-t-on, sans inconvénient, la dénomination de *pœna*; mais la forme de droit employée à cet effet est

(*l*) L. 55, § 1, cit. in fin., L. 2, § 1, de tutelæ (XXVII, 3).

(*m*) L. 1, § 21, de tutelæ (XXVII, 3): « In tutela *ex una* « *obligatione duas esse actiones* constat, » etc.

(*n*) L. 1, § 20, L. 2, § 2, de tutelæ (XXVII, 3).

(*o*) L. 1, § 22, de tutelæ (XXVII, 3) « .... nec enim eadem « est obligatio furti ac tutelæ, ut quis dicat plures esse actiones « ejusdem facti, *sed plures obligationes* : nam et tutelæ et furti « obligatur. » L. 2, § 1, eod.

(*p*) L. 1, § 23, de tutelæ (XXVII, 3): « quia pœnalis est. » Cf. § 211, f. — En effet, la *tutelæ actio* et la *condictio furtiva* suffisaient pour être indemnisé par les héritiers.

un contrat, l'action est une action ordinaire, et elle n'a aucun des carractères spéciaux qui distinguent les actions pénales. Sous ce rapport, on ne distingue point entre la peine stipulée volontairement ou d'après une injonction de l'autorité judiciaire. Aussi en droit romain les *pœnales sponsiones* (*q*), si nombreuses et si importantes, n'engendraient point d'actions pénales, mais des actions ordinaires, qui dès lors s'exerçaient sans restrictions contre les héritiers.

On ne doit pas non plus confondre les actions pénales avec celles tendantes à une *vindicta.* On appelle ainsi les actions où un droit des biens n'est réclamé qu'en vue d'un but moral ultérieur. Ce caractère tout particulier ne se retrouve que dans un très-petit nombre d'actions pénales; d'un autre côté, il appartient même à la *inofficios querella*, que l'on ne peut certainement pas désigner comme une action pénale (*r*).

Je terminerai par quelques mots sur la question de savoir si le droit des actions pénales existe encore pour nous sans modifications. Les actions pénales unilaterales, ayant pour objet la réparation d'un dommage souffert injustement, doivent naturellement se retrouver dans notre droit ac-

(*q*) Gajus, IV, § 13, 94, 141, 162-168, 171-172. — De même, les præjudiciales sponsiones ne donnaient pas lieu à des præjudiciales *formulæ*, quoique ayant le même but (§ 207, f.).

(*r*) Cf. vol. II, § 73.

tuel comme dans tout droit positif. Doivent-elles êtres traitées parmi nous comme chez les Romains? C'est un point que j'ai traité plus haut avec détails. — Quant aux actions pénales bilatérales, la question peut se poser en ces termes : Le droit actuel reconnaît-il encore des peines privées? Cette recherche rentre dans le droit des obligations; mais je puis dire par avance, que s'il existe encore quelques peines privées, le plus grand nombre a complétement disparu.

§ CCXIII. *Division des actions. — Civiles, honorariæ. Ordinariæ, extraordinariæ.*

Je passe maintenant à d'autres divisions des actions dont la nature est plus historique que celle des précédentes, parce qu'elles se rapportent, soit à l'origine de ces institutions, soit à d'anciennes formes de procédure étrangères au droit romain actuel. La découverte de Gajus a beaucoup facilité l'étude de cette matière. Nous pouvons surtout déterminer, avec une certitude suffisante, l'état de choses qui existait du temps des jurisconsultes classiques. Quant à l'état antérieur et à ses transformations successives, le manque de renseignements positifs laisse un vaste champ aux hypothèses; mais il serait sage de ne point y attacher beaucoup d'importance.

Je mentionnerai d'abord l'ancienne division

des actions en *civiles* et *honorariæ* (*a*); parmi ces dernières, les plus nombreuses et les plus importantes sont *prætoriæ*, quelques-unes sont *ædiliciæ*. Voici en quoi elles diffèrent. Les *civiles* ont une *legitima civilis causa*, c'est-à-dire une cause reconnue par le droit civil, tandis que les *honorariæ* ont été introduites par le préteur ou par les édiles, en vertu de leur droit de juridiction (*b*). Le caractère distinctif de ces dernières ne résulte donc pas de ce que le préteur aurait établi des actions pour elles; car c'est dans l'édit qu'il faut chercher les formules des deux espèces d'actions (*c*). D'un autre côté, on appelle *honorariæ*

(*a*) L. 25, § 2, de O. et A. (XLIV, 7), L. 178, § 3, de V. S. (L. 16), toutes deux d'Ulpien. — Mæcianus dit : actiones sive *legitimæ* sive honorariæ. L. 32, pr. ad L. Falc. (XXXV, 2). — Gajus, IV, § 109 : « *ex lege* esse, non esse. » Ce qu'il avertit de ne pas confondre avec la distinction purement de procédure entre les *judicia* legitima et quæ imperio continentur. — Pomponius (L. 2, § 6, de O. J., I, 2), et Gellicus, XX, 10, appellent *legitimæ actiones* les anciennes *Legis actiones*.

(*b*) § 3, J. de act. (IV, 6). — Cette division des actions repose donc sur la distinction du *jus* civile et honorarium. Cf. vol. I, § 22.

(*c*) Lorsque, dans l'édit, certaines actions, comme l'*actio depositi* et *commodati* (Gajus, IV, 47), ont deux formules, l'une *in jus*, l'autre *in factum*, ce serait une grande erreur de croire que la première fût une action civile, la seconde un action prétorienne. Toutes deux étaient civiles, comme ayant une seule et même *civilis causa*, à laquelle le préteur ne donnait aucun nouvel objet. Mais le préteur avait composé l'une et l'autre formule, car, en général, le droit civil n'avait donné que celles contenues dans les anciennes *Legis actiones* (§ 205, *b*).

des actions fondées sur le droit civil, lorsque l'édit, en modifiant ce droit civil, lui a donné un autre objet et un autre but. Ainsi, la *furti manifesti actio* est une action prétorienne, parce que le préteur a substitué une peine pécuniaire à la peine toute différente et beaucoup plus sévère du droit civil. La peine pécuniaire n'ayant pas de *civilis causa*, l'action tendante à la faire prononcer est *honoraria* (*d*).

Cette division des actions se combine avec celle exposée précédemment. Ainsi, parmi les actions, soit civiles, soit prétoriennes il y a des *in personam* et *in rem actiones*, des actions pénales et des actions conservatrices.

D'après l'ancienne organisation judiciaire, toute la procédure reposait sur l'*ordo judiciorum*, dont voici le caractère essentiel. Le magistrat, à Rome les préteurs, ne s'occupait que du début de l'instance, puis il renvoyait l'affaire devant une ou plusieurs personnes privées, avec une instruction (*formula*), qui, d'après l'examen des faits et les preuves administrées, faisait la base de la décision. La désignation la plus générale de ces délégués était *judex ;* on leur donnait encore d'autres noms, dont je parlerai plus bas.

Pour certains rapports de droit litigieux, on crut devoir abandonner successivement cette

(*d*) Gajus, IV, § 111, pr. J. de perpet. (IV, 12).

manière de procéder; et alors l'affaire s'instruisait tout entière devant le magistrat, qui prononçait sans l'intervention d'un *judex*. On appelait cette procédure nouvelle : *extraordinaria cognitio* ou *actio*, *extraordinarium judicium*, *persecutio*. J'ai déjà montré (§ 205) que cette espèce d'actions, tantôt est comprise, tantôt n'est pas comprise sous le nom d'*actiones*.

Du temps des grands jurisconsultes, ce mode de procédure pouvait n'être regardé que comme une exception très-restreinte. Mais vers le temps de Dioclétien l'organisation judiciaire fut changée complétement; l'*ordo judiciorum* disparut, tous les procès s'instruisirent devant le magistrat, et toute la procédure se trouva réduite aux *extraordinaria judicia* (*e*). Cette organisation judiciaire est celle que consacre le droit Justinien, et qui existe dans presque tous les États modernes; car le jury, là où cette institution est admise, ne connaît ordinairement que des affaires criminelles.

Mais quel rapport y avait-il entre la division

(*e*) § 8. J. de interdictis (IV, 15), L. 47, § 1, de negotiis gestis (III, 5), sans doute interpolée. — Nous n'avons pas une constitution spéciale relative à ce changement si important, et peut-être n'y en a-t-il jamais eu. Les prescriptions les plus anciennes se trouvent au Cod. Just., II, 58, Cod. Theod., II, 3, L. 8, C. Theod. de off. rectoris (I, 16). Dans le Tit. Cod. Just., III, 3, on voit très-bien que l'ancienne exception est devenue la règle. — Cf. Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, vol. I, § 26.

des actions exposée plus haut et les *extraordinaria judicia*, à l'époque où ils formaient une espèce d'actions particulières.

Tous les *extraordinaria judicia* que nous connaissons étaient *in personam*, aucun n'était *in rem* (*f*). — On ne voit pas non plus d'actions pénales *extra ordinem;* car, si tous les magistrats supérieurs, non pas seulement ceux chargés de rendre la justice, pouvaient prononcer des *mulctæ*, ces amendes, ne reposant pas sur des actions privées, étaient en dehors de la poursuite d'un droit privé, quoiqu'elles pussent être infligées à l'occasion d'un procès (*g*). — Enfin, les *extraordinariæ cognitiones* semblent se rapporter exclusivement aux institutions du droit civil, et

(*f*) Toutes les actions énumérées dans la loi 1, de extr. cogn. (L. 13), sont *in personam,* comme aussi l'action exercée contre l'héritier ou le légataire grevé d'un fidéicommis. Gajus, II, § 278. Ulpian, XXV, § 12. Celui à qui la succession avait été restituée comme fidéicommis par une déclaration verbale de l'héritier, pouvait agir *in rem* contre les détenteurs des biens de la succession; mais cette action était un *ordinarium judicium* comme toute autre *hereditatis petitio*. Tit. Dig., de fid. her. pet. (V. 6.) — Si la *missio in possessionem* était *in rem,* ce n'était pas la décision d'un procès, mais une mesure provisoire prise par une seule des parties, et le procès qui pouvait en résulter était toujours un *ordinarium judicium*.

(*g*) De même, les jugements civils *extra ordinem* s'exécutaient au moyen d'un *pignus in causa judicati captum;* or, ce n'était plus la décision d'un procès, mais une mesure employée pour vaincre la résistance à l'autorité judiciaire, mesure qui en réalité équivalait à une *mulcta*.

non aux institutions prétoriennes (*h*). Quand le préteur jugeait nécessaire d'établir un nouveau principe de droit, il le faisait toujours d'après les formes de l'*ordo judiciorum*, c'est-à-dire au moyen d'une *formula*. Cette proposition se rattache à la question controversée de savoir si les interdits, qui sont très-nombreux et tous d'origine prétorienne, appartiennent aux *ordinaria* ou aux *extraordinaria judicia*; j'ai montré ailleurs qu'on doit les ranger parmi les *ordinaria* (*i*).

Si nous considérons cette dernière division sous un point de vue plus général, celui de l'histoire du droit romain, l'*ordinarium judicium* nous apparaît comme le centre historique de la matière. Dans les temps les plus anciens, toute la procédure reposait sur les *Legis actiones*, qui n'admettaient point, autant que nous le sachions, d'instruction (*formula*) donnée à un *judex*. Vint ensuite la procédure des *ordinaria judicia*, basée tout entière sur les *formulæ*. Enfin, cette forme de procédure fut remplacée par l'*extraordinarium judicium*, où le magistrat, agissant seul et sans *judex*, la *formula* devenait inutile et même impossible. — Néanmoins, il ne faudrait pas croire que ces trois formes de procédure aient, dans

(*h*) Voy. note *f*.

(*i*) Cette question est traitée avec détails dans Savigny, *Droit de la possession*, § 31. — La dénomination d'*actio* est tantôt donnée, tantôt refusée aux interdits. Voy. § 205, g. h.

l'ordre des temps, une place entièrement distincte. La *Legis actio sacramenti* pour les procès instruits devant les centumvirs subsista comme exception à côté de l'*ordo judiciorum*, et à la même époque les *extraordinaria judicia* commencèrent à s'introduire comme exceptions, de sorte que les trois grandes formes de procédure s'appliquaient concurremment. Enfin, après que les *ordinaria judicia* eurent cessé d'exister comme règle, le *judex* fut employé par exception dans les affaires de peu d'importance; mais, pour cette instruction exceptionnelle, on se dispensait sans doute de recourir aux *formulæ*.

§ CCXIV. *Division des actions. Parties constitutives de la formula.*

Les questions les plus importants et les plus difficiles, touchant le droit des actions chez les Romains, ne trouvent leur solution que dans l'étude approfondie de l'escence des *formulæ*, et cette étude n'est devenue possible que depuis la découverte de Gajus. Nous y voyons que les formules se composent de quatre parties, dont une seule néanmoins est tout à fait générale et essentielle : *Demonstratio, Intentio, Adjudicatio, Condemnatio* (*a*).

(*a*) Gajus, IV, § 39-44. Il ne donne pas comme *pars formulæ* la nomination du *judex*, toujours placée au commencement de la

Nous pouvons de prime abord exclure de notre recherche l'*adjudicatio*, car elle ne se rencontre que dans trois actions particulières (*b*), et dès lors elle ne peut guère contribuer à nous faire connaître l'essence des formules.

La *demonstratio* est la partie servant d'introduction à la *formula*, et où l'on expose le fait qui donne lieu au débat judiciaire. Elle était surtout destinée, pour les actions les plus connues et les plus usuelles, à exprimer le nom propre de l'action; car ce nom pouvait très-bien ne pas se retrouver dans les autres parties de la formule, et leur contenu était susceptible de s'appliquer aux actions les plus diverses. Des exemples pour l'*actio venditi, depositi, ex stipulatu*, rendent la chose sensible (*c*).

Quod A. Agerius N. Negidio hominem *vendidit*.

Quod A. Agerius apud N. Negidium hominem *deposuit*.

Quod A. Agerius de Negidio incertum *stipulatus est*.

Cette première partie de la formule ne se trou-

formule. Par exemple : L. Octavius judex esto. Cicero, Verr., II, 12.

(*b*) Familiæ erciscundæ, Communi dividundo, Finium regundorum. Gajus, IV, § 42. C'est ce que l'on appelle les trois actions en partage, quoique, à proprement parler, cette dénomination ne s'applique qu'aux deux premières.

(*c*) Gajus, IV, § 40, 136.

vait ordinairement pas dans un grand nombre d'actions, nommément dans les *in rem actiones* (*d*), ni dans les formules extrêmement nombreuses *in factum conceptæ;* car alors, comme on le verra bientôt, l'*intentio* renfermait tout ce que la *demonstratio* aurait pu contenir. D'après les circonstances particulières de certains rapports de droit, on pouvait, par prévoyance, mettre à l'action une restriction spéciale, qui se plaçait alors, comme la *demonstratio,* avant l'*intentio*. On appelait cette restriction *præscriptio,* et elle s'appliquait également aux *in rem actiones*, quoique le plus souvent celles-ci n'eussent pas de *demonstratio*. Ordinairement la *præscriptio* n'était pas regardée comme *demonstratio*, mais comme un préliminaire spécial ajouté à la *formula;* quelquefois aussi on l'incorporait avec la *demonstratio* elle même (*e*).

On appelle *intentio* la partie de la formule contenant l'allégation du demandeur, comme aussi le motif et la condition de la décision qu'il sollicite. Cette partie était la seule qui dût nécessairement se retrouver dans toutes les formules (*f*). Comme elle renfermait le point essen-

(*d*) Cicero in Verrem, II, 12, dont le témoignage est confirmé par Gajus, IV, § 41.

(*e*) Sur les prescriptions en général, voy. Gajus, IV, § 130-137. La différence dont parle le texte est signalée § 132, 136, 137.

(*f*) Gajus, IV, § 44.

tiel de l'action, on employait souvent les expressions *intentio* et *intendere*, comme synonymes de *actio* et *agere*, et nous voyons encore des traces de cette phraséologie dans plusieurs textes du droit Justinien, quoiqu'elle ne répondit plus à rien depuis l'abolition des formules. Tantôt l'*intentio* exprimait directement l'existence d'un rapport de droit, tantôt elle contenait des faits présentés comme fondement d'un droit (*g*). Je ne pourrai expliquer la nature de cette distinction et l'appuyer par des exemples qu'au sujet d'une autre division des actions dont je m'occuperai tout à l'heure.

Enfin, la *condemnatio* renfermait la partie pratique de la formule, c'est-à-dire l'instruction d'après laquelle le *judex*, dans l'hypothèse de la vérité ou de la fausseté de l'*intentio*, devait prononcer la sentence. La *condemnatio* existait dans la plupart des actions, mais non dans les actions préjudicielles qui avaient pour but d'établir l'existence d'un rapport de droit ou d'un fait, le demandeur se réservant de faire usage de la preuve ainsi obtenue, dans un procès ultérieur (§ 207, *e*, *f*). Voici des exemples de *condemnatio* :

Judex N. Negidium A. Agerio Sestertium X. millia condemna, si non paret absolve.

Quanti ea res erit, tantam pecuniam judex

(*g*) Gajus, IV, § 43, 47, 51.

N. Negidium A. Agerio condemnato, si non paret absolvito.

Ces derniers mots se rapportent au commencement de l'*intentio*, qui, dans les exemples cités, était ainsi conçu : Si paret; de sorte que voici l'enchaînement complet des idées : Si paret Negidium Sestertium X. millia dare oportere, Negidium Sest. X. M. condemna; si non paret, absolve, c'est-à-dire : Si vous ne reconnaissez pas qu'il doive cette somme, renvoyez-le de la demande.

§ CCXV. *Division des actions. Directæ, utiles. Certa, incerta formula.*

C'est sur l'*intentio*, la partie essentielle de la formule, que se fonde la division des actions en *directæ* et *utiles*.

En effet, pour étendre à des cas nouveaux un droit d'action positivement restreint, on employait très-souvent une action déjà connue, sous le nom d'*utilis actio* (*a*), et, par opposition à l'action ainsi étendue, on appelait *actio directa* ou *vulgaris* (*b*) la même action, mais limitée aux cas

(*a*) L. 21 de præscr. verbis (XIX, 5) : « Quotiens deficit actio « vel exceptio, utilis actio vel exceptio (danda) est; » si néanmoins il existe un motif suffisant pour justifier cette extension. — Voy., sur cette matière en général, Mühlenbruch Lehre von der Cession, § 15.

(*b*) L'expression *vulgaris* se trouve dans la L. 46, de her. inst.

de son application primitive. Cette extension s'opérait principalement sous la forme de *fictions*; ainsi un demandeur, qui n'était en réalité ni héritier, ni propriétaire, était supposé l'un ou l'autre, et dès lors pouvait exercer les mêmes actions qu'un héritier ou un propriétaire véritable (*c*). Ainsi, *utilis actio,* d'après la signification originaire, équivaut à *fictitia,* et la synonymie de ces deux expressions est mise hors de doute par les témoignages suivants. Gajus désigne comme contrastant avec les actions *directæ* celles fondées sur une fiction (*d*), et dans un autre texte il les appelle directement *utiles* (*e*).

(XXVIII, 5.) — On a souvent cru, mais à tort, que chacune de ces actions avait dans l'édit une formule particulière. La partie essentielle de la formule, l'*intentio,* était absolument la même pour un grand nombre d'actions : *dare oportere, dare, facere oportere ex fide bona, etc.* Le caractère spécial des *vulgares actiones* était plutôt l'insertion dans la *demonstratio* du nom technique d'un acte juridique, comme, par exemple : Quod Agerius fundum *vendidit,* mensam *deposuit,* etc., d'où l'action était dénommée *venditi* ou *depositi actio.*

(*c*) Gajus, IV, § 34-38 : « ficto se herede agit.... » « fingitur « rem usucepisse.. . » « civitas ei Romana fingitur.... » « fingi- « mus adversarium nostrum capite deminutum non esse. » — Les §§ 36, 37 nous montrent par plusieurs exemples comment la fiction était exprimée dans l'*intentio.*

(*d*) Gajus, IV, § 34 : « non habet *directas* actiones.... *itaque* « *ficto se herede* intendit. »

(*e*) Gajus, IV, § 38 . » introducta est contra eum eamve *actio* « *utilis,* rescissa capitis deminutione, *id est in qua fingitur* capite « deminutus deminutave non esse. »

Ensuite les actions dépendant d'une succession, comme *directæ,* appartenaient exclusivement à l'*heres;* mais, en vertu d'une fiction, le *bonorum possessor*, comme le fidéicommissaire, pouvait les exercer, et les actions ainsi étendues, Gajus les nommes *utiles*, et Ulpien *fictitiæ* (*f*). De ces deux termes, l'un (*fictitia*) exprime directement la forme de procédure mise en usage, l'autre (*utilis*) exprime davantage l'essence même de la chose, c'est-à-dire l'extension d'une institution pour les besoins de la pratique (*utilitas*) (*g*).

La différence de ces deux espèces d'actions repose non sur leurs effets qui étaient identiques, mais sur la rédaction de la formule, ou plutôt sur la partie de la formule appelée *intentio*. Cette division des actions ne pouvait donc exister que dans les procès instruits devant un *judex* (§ 213); quand donc il n'y eut plus que des *extraordinaria judicia*, elle perdit sa signification originaire, comme aussi tout intérêt immédiat (*h*). Ce changement capital dans les choses, rapproché de l'étymologie des termes, nous

(*f*) Gajus, II, § 253 (comme au § 4, J. de fid. her., II, 23), Ulpian., XXVIII, § 12. A la vérité, le premier ne parle des *utiles actiones* qu'au sujet des fidéicommis; le second ne parle des *fictitiæ* qu'au sujet de la *bonorum possessio,* et l'on pourrait mettre en doute la parité que j'admets entre ees deux sortes d'actions.

(*g*) Sur le sens d'*utilitas*, voy. vol. I, § 15.

(*h*) L. 47, § 1, de neg. gestis (III, 5), sans doute interpolée.

explique pourquoi le droit Justinien n'emploie jamais l'expression de *fictitia actio*, et a conservé la dénomination de *utiles actiones*. En droit Justinien, et pour nous cette dénomination n'a plus qu'une signification historique, elle rappelle que l'action ainsi désignée dérive, par une extension progressive, d'une institution autrefois plus restreinte.

Néanmoins, il paraît certain que, même dans l'ancienne procédure, cette extension d'une action déjà connue, à des cas nouveaux, n'était pas toujours exprimée comme fiction dans la formule (*i*). Aussi, à côté des *utiles actiones* exprimées comme fictions dans la formule, il y en avait d'autres pour lesquelles ce nom indiquait uniquement une institution étendue à de nouveaux cas. Il paraît, en outre, que l'extension n'était exprimée au moyen d'une fiction dans la formule que pour les anciennes actions civiles (*k*), et que pour les actions prétoriennes, la nature de l'*utilis actio* n'était nullement indiquée par la rédaction de la formule (*l*).

(*i*) Mühlenbruch, Cession, § 157, 3e édit.

(*k*) Les différents exemples d'actions fictives rapportées littéralement par Gajus se rapportent tous à d'anciennes actions civiles que ces fictions avaient pour but d'étendre.

(*l*) Il faudrait ranger dans cette classe l'*utilis serviana actio*, L. 1, § 2, de pign. (XX, 1,); L. 1 pr. quib. m. pign. (XX, 6), comme aussi l'utile interdictum uti possidetis, unde vi, quod legatorum. Vat. Fragm., § 90. La *formula* de ce dernier interdit,

Au reste, nous trouvons parmi les *utiles actiones*, des actions *in personam* et *in rem*, des actions pénales, et celles dont l'objet est de maintenir l'état des biens pour les deux parties.

Les actions fictives existant encore dans le droit nouveau, sous le nom de *utiles actiones*, diffèrent de celles qui avaient pour base la fiction d'une ancienne *legis actio*, et dont le droit actuel n'a pas conservé la moindre trace (*m*).

Nous trouvons dans Gajus l'expression *incerta formula*, qui doit correspondre à celle de *certa formula* (*n*); pour la recherche dont je vais m'occuper, il importe de déterminer exactement sur quoi repose ce contraste.

Si d'abord nous considérons l'*intentio*, nous devons l'appeler *certa* quand le fait allégué par

transcrite dans le texte cité, confirme directement ce que j'avance ici, car la fiction n'y est pas mentionnée; mais pour atteindre le but, à l'expression ordinaire : *quod.... possides*, on ajoute : *quodque uteris frueris*. — De même aussi les *exceptiones* utiles ne sont pas *fictitiæ*, mais bien des exceptions plus larges et plus étendues. Cf. § 227 d.

(*m*) Gajus, IV, § 10, 32, 33. A propos de cette espèce d'action, Gajus fait un exposé complet des anciennes *Legis actiones*, § 11-33.

(*n*) Gajus, IV, § 54. Dans les compilations de Justinien, les expressions *incerti agere*, *incerti actio*, *incerta actio*, *incertum judicium*, se rapportent presque toujours à l'*actio præscriptis verbis*, qui avait une *incerta intentio* et *condemnatio*. L. 8, L. 9, L. 16 de præscr. verbis (XIX, 5), L. 7, § 2 de pactis (II, 14), L. 23 comm. div. (X, 3), L. 6 C. de rer. perm. (IV, 64), L. 9 C. de don. (VIII, 54).

le demandeur est déterminé sous tous ses aspects ; quand l'on dit, par exemple : Si paret Stichum meum esse, Si paret N. Negidium X dare oportere, Si paret Agerium apud Negidium mensam deposuisse (*o*). En effet, dans tous ces cas, les termes de l'*intentio* expriment clairement, et avec certitude, ce que veut et ce que prétend le demandeur.— Au contraire, l'*intentio* ainsi conçue : Quidquid N. Negidium dare facere oportet, est *incerta;* car elle affirme bien que le défendeur doit quelque chose, mais elle ne détermine pas l'étendue de la dette, et laisse ce soin à l'instruction du procès (*p*).

Passons maintenant à la *condemnatio*. Toute *incerta intentio* implique une *condemnatio incerta*, et ainsi nous ne devons pas hésiter à appeler *incerta* l'action tout entière. — Mais la *certa intentio* admet deux cas possibles. La *condemnatio* peut être également *certa*, et alors nous devons, sans aucun doute, appeler l'action elle-même *certa,* dans cette formule, par exemple : Si paret N. Negidium decem dare debere, judex N. Nigidium decem condemna (*q*). — D'un autre

(*o*) Gajus, IV, § 45, 47.

(*p*) Gajus, IV, § 47, 136, 137.

(*q*) Gajus, IV, § 50. Ici se présente encore une autre variété : la *certa condemnatio* pouvait être la répétion littérale de la *certa intentio*, comme dans le cas du § 50, ou en différer entièrement, comme dans le cas du § 46.

côté, la *certa intentio* peut aussi entraîner une *incerta condemnatio ;* et ce cas se présentait souvent, parce que la *condemnatio* ne devait jamais exprimer que de l'argent comptant (*r*), tandis que l'*intentio* pouvait désigner tout autre objet déterminé. Je prendrai comme exemple la formule relative à l'action résultant de la propriété, où, après cette *intentio* : Si paret Stichum. A. Agerii esse, venait la *condemnatio* suivante : Quanti ea res erit, tantam pecuniam N. Negidium A. Agerio condemna (*s*). Elle était *incerta*, car elle n'exprime pas la somme que le *judex* devait condamner le défendeur à payer.

Il importe avant tout de bien se représenter ces différents cas dans leur application réelle. A leur distinction était attaché, dans l'ancienne procédure, un très-grand intérêt pratique. Si l'*intentio* était *certa,* le demandeur devait bien se garder de demander rien au delà de son droit, car alors il perdait *plus petendo,* ce qui lui était légitimement dû (*t*). L'*incerta intentio* n'exposait pas à un pareil danger, car le *quidquid* dare oportet ne pouvait jamais, vu son indétermination, exprimer une quantité exagérée (*u*). La

(*r*) Gajus, IV, § 48.

(*s*) Gajus, IV, § 51. A la fin du § 68 il mentionne un autre cas d'une *certa intentio* avec *incerta condemnatio.*

(*t*) Gajus, IV, § 53, 60.

(*u*) Gajus, IV, § 54.

demonstratio et la *condemnatio* étaient également susceptibles d'exagération ; mais elles n'entraînaient pas pour le demandeur de conséquences fâcheuses (*v*).

Jusqu'ici nous n'avons examiné que la chose elle-même. Quant à l'expression employée pour désigner un des cas énumérés plus haut (certa intentio, incerta condemnatio) on peut appeler l'action *certa* ou *incerta*, suivant que l'on envisage de préférence l'*intentio* ou la *condemnatio*. D'après un texte de Gajus, nous devons admettre qu'on avait uniquement égard à l'*intentio*, et ainsi, au cas dont je parle, on appliquait l'expression *certa actio* ou *formula*, malgré l'indétermination de la *condemnatio*. En effet, Gajus pose d'abord en principe que l'action tendante à la réclamation de l'esclave Stichus est susceptible d'un *plus petere*, si la stipulation portait sur un esclave en général et non sur l'individu Stichus (*w*). Puis il ajoute : Illud satis apparet, in *incertis formulis* plus peti non posse, quia cum certa quantitas non petatur, sed quidquid adversarium dare facere oporteat intendatur, nemo potest plus intendere (*x*). D'où on voit

(*v*) Gajus, IV, § 57, 58.

(*w*) Gajus, IV, § 53.

(*x*) Gajus, IV, § 54. — Dans Gajus aussi le certum et incertum *petere* se rapportent uniquement à l'*intentio*, sans aucun égard à la *condemnatio*. IV, § 54, 131. Une autre question est



que, sous le nom de *incerta formula,* il désigne seulement ce dernier cas (incerta intentio et condemnatio), et qu'il envisage le cas précédent (certa intentio, incerta condemnatio), non comme *incerta,* mais comme *certa formula.*

§ CCXVI. *Division des actions. In jus, in factum conceptæ.*

Les formules établies dans l'édit étaient de deux espèces : *In jus, in factum conceptæ.*

La première classe avait une *juris civilis intentio,* c'est-à-dire l'allégation d'un rapport de droit fondé sur le *jus civile;* ainsi, pour les actions *in rem :* Si paret, fundum (ou hereditatem) Agerii esse, ou : Agerio jus esse utendi, fruendi, eundi, aquam ducendi, ou : Titium liberum esse (*a*); pour les actions résultant d'un contrat : dare, ou dare facere oportere; pour les actions résultant d'un délit, damnum decidere oportere (*a*[1]); dans tous ces cas, par conséquent, l'existence de la propriété d'une obligation ou

celle de savoir ce que signifie le *certum* appliqué aux condictions. Voyez là-dessus Appendice XIV, num. XXXVI et sq.

(*a*) En effet, cette action préjudicielle *de statu* était la seule qui eût une *legitima causa;* toutes les autres étaient des actions prétoriennes. L'action préjudicielle *de statu* pouvait donc seule avoir une *formula in jus concepta.* § 13 J. de act. (IV, 6).

(*a*[1]) Gajus, IV, § 37, 45, 107, où se trouvent la plupart des formules que j'ai citées textuellement plus haut. Cf. Appendice XIV, num. XX.

de tout autre droit rigoureux reconnu par le *jus civile*. Au reste, une semblable *intentio* était tantôt *certa*, tantôt *incerta*, de même que la *condemnatio* qui s'y rattachait (*b*).

La seconde classe avait pour *intentio* une simple affirmation de faits, qui dès lors était présentée sous la forme d'une *demonstratio* (§ 214), et souvent une *demonstratio* spéciale et distincte devenait inutile, car elle ne pouvait rien contenir qui ne fût déjà dans l'*intentio*(*c*). En pareil cas, l'*intentio* était toujours *certa*, car elle ne devait exprimer que des faits positifs, et rien n'était laissé sur ce point à la libre appréciation du *judex;* la *condemnatio* était tantôt *certa*, tantôt *incerta* (*d*).

(*b*) Decem dare oportere était une *certa intentio*; quidquid dare facere oportet était une *incerta intentio*. Voy. plus haut, § 215.

(*c*) On se tromperait beaucoup si l'on concluait de là qu'une semblable formule n'eût qu'une simple *demonstratio* sans *intentio;* car Gajus, IV, § 60, non-seulement fait mention de l'*intentio*, mais, en outre, il admet la possibilité du *plus petere*, qui, d'après les §§ 53, 58, pouvait exister dans l'*intentio*, jamais dans la *demonstratio*. De même, aussi, la L. 1, C. si pign. conv. (VIII, 33), appelle *intentio* dati pignoris l'action hypothécaire qui n'avait constamment qu'une *formula in factum concepta*. Cf. Keller, Litiscontestation, p. 248, 358. — Les exemples que l'on trouve d'une *demonstratio* distincte se rapportent toujours à une *formula in jus concepta*. Gajus, IV, § 40, 47, 136, 137.

(*d*) L'action du patron pour une *in jus vocatio* irrespectueuse, avait une *certa condemnatio* de 10,000 sesterces, d'après Gajus, IV, § 46; de 5,000 sesterces d'après le droit Justinien, § 3, J. de

Cette division des actions rentre dans celle des actions civiles et prétoriennes. En effet, pour les actions civiles, une *juris civilis intentio* était toujours *possible* (*e*); de sorte que l'*intentio pouvait* toujours être conçue *in jus*. Pour les actions prétoriennes cela était impossible, parce qu'elles ne reposaient pas sur un droit déjà existant, mais sur l'autorité judiciaire, en vertu de laquelle le préteur nommait un *judex*, et l'autorisait à rendre une décision, décision dont l'exécution était assurée par la même autorité judiciaire (*f*). Cela nous est attesté par les textes les plus formels du droit romain. Ainsi Paul (*g*) nous dit :

pœna tem. (IV, 16), L. 12, 24, 25, de in jus voc. (II, 4). Le chiffre de 10,000, dans Gajus, est vraisemblablement une erreur de copiste. — De même, l'action de albo corrupto avait une *certa condemnatio* de 500 *aurei*. L. 7 pr. de jurisd. (II, 1). — La plupart des autres *formulæ in factum conceptæ* avaient une *incerta condemnatio*. Voy. les exemples cités par Gajus, IV, § 46, rapprochés de la L. 2, § 1, si quis in jus voc. (II, 5), et de la L. 5, § 1, ne quis eum (II, 7).

(*e*) *Possible* et non pas nécessaire; car le demandeur pouvait toujours, s'il le jugeait convenable, employer la rédaction en fait. J'en citerai tout à l'heure des exemples.

(*f*) Cf. vol. I, § 22. — Gajus ne dit pas expressément que toutes les actions prétoriennes fussent *in factum conceptæ*; mais, dans les exemples qu'il cite, § 46, on ne voit que des actions prétoriennes toutes *in factum conceptæ*.

(*g*) L. 37 de V. S. (L. 16). — La loi 27 de novat. (XLVI, 2) se rattache à cette règle; car l'*officium judicis* eût aussi embrassé les intérêts futurs. Cf. L. 76, § 1, L. 89, L. 125, de V. O. (XLV, 1).

Verbum *oportere* non ad facultatem judicis pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur.

Cela signifie : L'expression *oportere* soutenue dans l'*intentio* doit toujours s'entendre de l'existence actuelle et réelle d'une dette fondée sur le droit civil, et non pas d'une dette pouvant résulter d'une décision judiciaire. Quand donc, par suite d'une vente, dont l'*intentio* était toujours *incerta*, quelqu'un réclamait une somme déterminée (decem dare oportere), sa demande était absolument rejetée, bien que le juge eût pu lui accorder cette somme ou même une somme plus forte, si l'*intentio* eût été faite régulièrement. — Cela nous explique également pourquoi les actions prétoriennes sont définies actiones quas Prætor *ex sua jurisdictione comparatas* habet (*h*), ou quæ a Prætore *dantur*, par opposition aux actions quæ ipso jure *competunt* (*i*). En effet, si les actions civiles exigeaient aussi l'intervention du préteur, car lui seul pouvait nommer un *judex* et donner une action, ce n'était là qu'un fait d'exécution, la reconnaissance d'un droit déjà existant, tandis que pour les actions prétoriennes tout émanait de l'autorité du préteur. La *formula in factum concepta*, que je représente

(*h*) § 5 J. de act. (IV, 6).

(*i*) § 1 J. de perpet. (IV, 12). Cela est très-bien exposé dans Franke, Beiträge, p. 5.

ici comme l'attribut général des actions prétoriennes, ne doit pas non plus être restreinte aux actions de cette espèce *in personam;* elle s'applique aussi aux *in rem actiones* prétoriennes (*i*).

Cependant l'identité de ces deux divisions (actions civiles et prétoriennes, *in jus* et *in factum*) n'est point absolue, car elle souffre une double restriction. D'abord il y avait des actions prétoriennes dont la rédaction était bien *in factum,* mais qui se rapprochaient de la rédaction *in jus :* telles étaient en grande partie les actions *utiles* ou *fictitiæ* dont j'ai parlé plus haut (§ 215). La formule la plus complète que nous ayons d'une semblable action, la *publiciana actio,* rendra la chose sensible.

Gajus IV, § 36. Judex esto. Si quem hominem A. Agerius emit (et is) ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oportet, et reliqua.

Le fond de cette *intentio* est l'assertion de fait

(*i*[1]) L'actio vectigalis était sans doute ainsi rédigée : Si paret A. A. conduxisse fundum a municipibus (L. 1, § 1, L. 3, si ager vect. VI, 3); l'actio superficiaria : Si paret A. A. superficiem in perpetuum (ou : in annos XXX) conduxisse (L. 1, pr. § 1, 3, de superf. XLIII, 18); l'actio hypothecaria : Si paret, Aulo Agerio rem pignori obligatam esse ab eo, cujus tum in bonis erat, neque redditam pecuniam esse (L. 6 C. si al. res., VIII, 16, L, 1 C. si pign. conv. VIII, 34, L. 13, § 1, de Sc. Vell., XVI, 1). Toutes ces conditions ne sont que de simples points de fait.

que Agerius a acheté l'esclavage, objet du litige, et que l'esclave lui a été livré. Mais on ajoute : le *judex* devra en outre examiner si la possession, résultant de la tradition, s'est continuée pendant un an, et a pu ainsi se transformer en propriété romaine. On voit que l'*intentio* de fait prend une teinte de *jus*, et se rapproche de celle *in jus concepta*. La condamnation est subordonnée à un fait susceptible de constituer un droit véritable, dans de certaines circonstances qu'il s'agit de vérifier.

Ensuite j'ai déjà observé (note *e*) que les actions civiles pouvaient être rédigées en fait ; et ainsi il y avait des actions civiles, vraisemblablement peu nombreuses, pour lesquelles l'édit donnait à choisir entre deux formules, l'une *in jus*, l'autre *in factum*. Gajus n'en cite que deux, la *depositi* et la *commodati actio*, mais il donne leurs formules complètes (*k*).

Maintenant se présente la question de savoir si la distinction des formules *in jus* et *in factum* était purement de style chez les Romains, ou si elles avaient des effets spéciaux, et s'il s'y rattachait un intérêt pratique. Cet intérêt existait réellement, mais moindre que ne le repré-

(*k*) Gajus, IV, § 47, 60. On trouve au Digeste plusieurs textes qui se rapportent évidemment à ces *formulæ in factum conceptæ*. L. 3, § 1, commodati (XII, 6), L. 1, § 16, § 40, depositi (XVI, 3).

sentent la plupart des auteurs modernes; en cette matière, nous aurons donc surtout à combattre des hypothèses mal fondées. Si toutes les actions civiles eussent été *in jus*, et si les actions prétoriennes eussent été seules *in factum*, on pourrait ne voir là que l'expression énergique de la distinction fondamentale du droit civil et du droit prétorien; mais l'existence de deux formules pour plusieurs actions ne nous permet pas de douter que, dans certains cas du moins, le demandeur n'eût avantage à employer l'une de préférence à l'autre.

Voici d'abord une conséquence isolée et spéciale de la formule *in jus*. Quand l'action était *in personam*, constituant un *legitimum judicium* et rédigée *in jus*, elle se trouvait consommée *ipso jure* pas le seul fait de sa présentation, et dès lors on ne pouvait la reproduire une seconde fois; dans les autres cas, la reproduction de l'action était bien interdite, mais au moyen de l'*exceptio rei judicatæ* ou *in judicium deductæ*, et non *ipso jure* (*l*). Cette distinction n'avait dans la pratique qu'un intérêt secondaire.

Voici un point plus important. Le fils soumis à la puissance paternelle, qui avait une action à

(*l*) Gajus, IV, § 107. Ainsi donc les autres cas où ces exceptions pouvaient servir étaient : a) toutes les *in rem actiones*; b) tous les *judicia quæ imperio continebantur*; c) tous les procès où il y avait une *formula in factum concepta*.

exercer, ne pouvait employer une *intentio in jus concepta,* car jamais il ne pouvait se prétendre propriétaire ou créancier. Tel est précisément le motif qui, dans plusieurs cas, semble avoir donné lieu à la création de deux formules. Pour la *depositi* ou *commodati actio*, on se servait ordinairement d'une *formula in jus,* conformément à la nature des actions civiles ; mais le fils, soumis à la puissance paternelle, qui avait besoin d'exercer une action dans les limites de sa capacité, devait choisir la formule *in factum* (*m*).

Il se peut que d'autres effets encore aient été attachés à ces différentes formes de procédure ; mais nous ne les connaissons pas, et ceux que dans les temps modernes on a voulu leur attribuer sont dénués de fondement, comme je vais le montrer ici.

D'abord il est entièrement faux que ces deux formes aient été employées, l'une quand il s'agissait de vérifier un fait (*in factum*), l'autre quand il s'agissait d'apprécier juridiquement un fait non contesté (*in jus*) (*n*). Cette opinion

(*m*) Voy. vol. II, § 67, § 71, note *o* et note *t*. — Il n'avait pas non plus capacité pour intenter une action fictive ; car, dans le cas de la *publiciana actio,* on ne pouvait pas dire de lui qu'en supposant l'usucapion accomplie il eût été propriétaire ; tant qu'il restait *filius familias* aucun laps de temps ne pouvait lui conférer la propriété.

(*n*) C'est l'opinion de Dupont in Comm. IV Inst. Gaji, Leodii, 1821, p. 71-76.

pourrait tout au plus s'appuyer sur l'apparence extérieure des mots (*o*), mais elle ne soutient pas l'examen. En effet, la plupart des actions n'avaient qu'une seule *formula*, et néanmoins il dépend des circonstances accidentelles de chaque espèce que le fait seul soit contesté ; ainsi donc, toutes les actions, sans exception, auraient dû avoir deux formules, si cette opinion était fondée. Enfin, comment aurait-on procédé dans les cas très-nombreux où le fait et le droit sont également mis en question ?

D'autres ont dit, et avec plus d'apparence de raison, que la formule *in factum* servait à ménager au défendeur la faculté d'éviter la condamnation au moyen d'une restitution volontaire ; ce que semble interdire la formule *in jus* (*p*). Mais cette doctrine est réfutée par l'action résultant de la propriété, la *petitoria formula*, qui était certainement *in jus* (*q*), et néanmoins contenait toujours la clause restrictive, *nisi restituas* (*r*). Cette doctrine s'appuyait sur le rap-

(*o*) A l'apparence résultant des mots *jus* et *factum* s'ajoutait cette circonstance, que, dans les deux formules rapportées par Gajus, IV, § 47, les mots : *Si paret* n'étaient employés que pour la formule *in factum*. Mais nous voyons ailleurs ces expressions dans une *formula in jus concepta*. Gajus, IV, § 34, 41, 86. Cicero pro Roscio Comœdo, C. IV.

(*p*) Keller, Litiscontestation, p. 358; Hasse, p. 33.

(*q*) Gajus, IV, § 45, 92.

(*r*) Cicero in Verrem, II, 12. L. 68 de rei vind. (VI, 1).

prochement des deux formules de la *depositi actio,* dont l'une, celle *in factum,* avait la clause restrictive, et l'autre, celle *in jus*, semblait ne pas l'avoir (*s*). Mais cette apparence même s'est évanouie depuis que l'on a découvert que le *nisi restituas* se trouvait aussi dans la *formula in jus concepta* de la *depositi actio* (*t*).

Enfin, on pourrait croire que la distinction repose sur le plus ou moins de connaissances juridiques supposées dans le *judex*, et exigées par ces deux espèces de formules. D'après la *depositi formula in jus*, le *judex* avait à déterminer l'existence et l'étendue de l'obligation d'une partie envers l'autre (quidquid dare facere oportet), et cela ne pouvait se faire sans une certaine connaissance du droit. Si, au contraire, la

(*s*) Gajus, IV, § 47.

(*t*) Notamment dans Gajus, IV, § 47. Les éditions portent : Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato ** si non paret absolvito. A la place occupée par la lacune on trouve dans les manuscrits N. R., que Hushke (Studien, p. 316) explique par *nisi restituat*. Cette conjecture fort heureuse est entièrement confirmée par la L. 1, § 21 depositi (XVI, 3) : « ... nec debere absolvi, *nisi restituat*... condemnandum te *nisi restituas* » (Cf. L. 22, in f. eod., L. 3, § 3, commodati, XIII, 6). Ce sont évidemment là des allusions littérales à la rédaction de la formule, d'autant plus remarquables qu'elles établissent l'insertion de ces mots dans la *condemnatio*. Mais ces allusions ne pouvaient s'appliquer qu'à la formule *in jus,* non à la formule *in factum;* car celle-ci, tout en exprimant la même chose, était rédigée autrement : *eamque dolo malo... redditam non esse,* et ces mots se trouvaient, non dans la *condemnatio,* mais dans l'*intentio*.

formule de cette même action était *in factum*, le *judex* n'avait à apprécier qu'un simple fait, le dépôt de la chose et sa non restitution (mensam deposuisse eamque redditam non esse), et cette appréciation ne demande aucune connaissance du droit. Reste donc à chercher de quels éléments se compose la *condemnatio* dans cette dernière formule. La condamnation était ainsi conçue : Quanti *ea res erit*, tantam pecuniam condemnatio. Si cela signifie qu'on ne doit jamais rechercher que la valeur vénale de la chose, toute science du droit est déclarée inutile; car ce n'est pas aux jurisconsultes que l'on s'adresse pour savoir la valeur vénale des choses, et cette distinction des deux espèces de formules se trouverait ainsi confirmée. Si, au contraire, le *quanti res erit* s'applique, non à la valeur vénale, mais à l'intérêt légitime établi d'après l'appréciation de toutes les circonstances, la décision demandée au *judex* n'est pas moins juridique que dans le cas de la formule *in jus*, car le *quanti interest* se détermine de la même manière et conduit au même résultat que le *quidquid dare facere oportet*; il n'en diffère que dans les termes. Or, comme en réalité cette expression a ce second sens et non le premier (*u*), on doit abandonner cette dernière tentative d'établir

(*u*) Cf. Appendice XII.

une différence pratique essentielle entre les deux espèces de formules.

Les exemples cités au commencement de ce paragraphe de l'*intentio,* employée pour les *formulæ in jus conceptæ,* nous ramènent à la division établie plus haut des *in personam* et *in rem actiones* (§ 206-209). Les actions *in personam* contiennent toujours, dans leur *intentio*, l'assertion d'un *oportere,* rapporté à la personne du défendeur; en d'autres termes, elle affirme que le défendeur est déjà tenu d'une obligation fondée sur le *jus civile*, et tel est précisément le sens de l'expression *in personam*. L'*intentio* d'une *in rem actio* affirme, au contraire, l'existence absolue d'un rapport de droit également fondé sur le *jus civile,* mais autre qu'une obligation. C'est cette impersonnalité de l'*intentio* que désigne l'expression *in rem* (§ 208, *a*), et non le rapport à une chose déterminée; ce rapport n'est ni général, ni nécessaire, car il s'agissait uniquement de ne pas représenter le défendeur comme un débiteur à condamner (*v*).

Par là s'explique aussi la dénomination de *mixtæ actiones* donnée, dans l'ancienne procé-

(*v*) Gajus, IV, 87 : « cum in rem agitur, nihil in intentione « facit ejus persona, cum quo agitur.... tantum enim intenditur, « rem actoris esse. » La première proposition (négative) confirme ce que j'avance ici; la seconde (positive) n'est présentée que comme exemple, et dès lors ne contredit pas mon assertion.

dure par formules, aux actions en partage (§ 209). Leur *formula* était en effet plus compliquée que celle des autres actions. Elle avait une partie purement personnelle fondée sur les obligations avec *dare facere oportere ex fide bona;* et de plus, une autre partie appelée *adjudicatio*, ainsi conçue : *Quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato* (*w*). La forme de cette partie était impersonnelle, par conséquent *in rem* (*x*); l'on devait donc dire que la formule de ces actions était à la fois *in rem* et *in personam* (*y*).

Mais il ne faudrait pas croire que la distinction des *in personam* et *in rem actiones*, sortie de cette rédaction des formules, doive tomber avec elles, et être maintenant rejetée comme inutile. Cette rédaction des formules servait, tout au contraire, à exprimer fidèlement une distinction fondée sur l'essence même des choses. Aujourd'hui encore on peut dire que dans la *in rem actio*, il s'agit immédiatement de constater l'existence ou la non-existence d'un rapport de droit; puis, médiatement et par voie de conséquence, de condamner le défendeur à certaines

(*w*) Gajus, IV, § 42.

(*x*) Voy. § 208 *a*, et § 216 *v*.

(*y*) Ainsi s'explique le texte suivant, que nous n'avons sans doute pas dans sa forme primitive. L. 22, § 4, fam. herc. (X, 2) : « Familiæ erciscundæ judicium ex duobus constat, id est rebus « atque præstationibus, quæ sunt personales actiones. »

prestations; tandis que dans la *in personam actio*, ce dernier point constitue l'objet unique du jugement. On peut même dire que, sous l'empire de la législation Justinienne, cette distinction des deux espèces d'actions est plus tranchée que du temps de l'ancienne procédure par formules, car l'objet direct de la décision judiciaire est la reconnaissance même du droit litigieux, tandis qu'autrefois ce devait toujours être une somme d'argent (§ 215, *r*); et ainsi la reconnaissance du droit n'apparaissait que comme motif de condamner le défendeur au payement de cette somme (*z*).

Dans les *formulæ in factum conceptæ*, et ainsi dans toutes les actions prétoriennes, la distinction des *in rem* et *in personam actiones* ne ressortait pas des expressions de l'*intentio* (*aa*). Néanmoins cette distinction a existé de tout temps pour les actions prétoriennes (*bb*), et par

(*z*) C'est sous cette forme indirecte que les anciens jurisconsultes nous montrent la reconnaissance du droit dans les *in rem actio*, L. 8, § 4, si serv. (VIII, 5) : « per sententiam non debet « servitus constitui, *sed quæ est declarari*. » L. 35, § 1, de R. V. (VI, 1). « judex sententia *declaravit meum esse*. » Ces textes, qui n'ont pas sans doute été altérés, ont en droit Justinien et en droit actuel une application encore plus immédiate et plus complète que dans l'esprit de leurs auteurs.

(*aa*) Une action prétorienne pouvait être *in personam*, et présenter dans sa forme l'apparence d'une *in rem actio*. Cf. § 208 *a*.

(*bb*) L. 1, § 1, si ager vect. (VI, 3), L. 1, § 1, de superfic.

là se trouve confirmé ce que j'ai dit plus haut, que cette distinction ne résulte pas de la différence de la formule (celle de l'*intentio in jus concepta*), mais que la différence des formules a pour base la distinction des actions.

§ CCXVII. *Division des actions. In jus, in factum conceptæ.* (Suite.)

Jusqu'ici je n'ai parlé que des formules déjà insérées dans l'édit, la plupart exclusivement appropriées à certains cas, quelques-unes correspondant à autant de formules *in jus*, afin que le demandeur pût choisir entre l'une ou l'autre espèce de formules.

Les formules *in factum* étaient en outre fréquemment employées quand il s'agissait de découvrir une formule pour un nouveau rapport de droit, c'est-à-dire là où l'édit n'en fournissait aucune, et elles servaient ainsi à l'extension pratique du droit. Cette espèce de formules répondait très-bien à un pareil but, car tout droit repose nécessairement sur un fait, et la formule *in factum* ne contenait que l'expression d'un fait auquel on rattachait une conséquence pratique.

Tel est le véritable sens des *actiones in fac-*

XLIII, 18). — La plupart des *præjudicia* étaient prétoriens) (§ 216 *a* et 207 *f*), et tous *in rem*, quelle que fût la rédaction de la formule.

tum, si souvent mentionnées dans les sources; c'étaient des extensions pratiques du droit au moyen de *formulæ in factum conceptæ*, qui ne figuraient point dans l'édit, mais s'accordaient spécialement toutes les fois qu'il en était besoin. Les cas se représentant le plus souvent et avec le plus d'uniformité, passèrent ensuite dans l'édit, et telle est l'origine progressive de toutes les actions prétoriennes que nous y voyons figurer. Mais qu'une semblable formule fût ou non insérée dans l'édit, sa forme et ses effets étaient toujours les mêmes.

Ainsi donc les *actiones in factum*, dont parlent si souvent les sources du droit, étaient en réalité une seule et même chose que les *formulæ in factum conceptæ* que Gajus nous a fait connaître, et cette identité, que plusieurs auteurs ont à tort mise en doute, nous est attestée par un grand nombre de textes (*a*). Parmi ces actions, les plus importantes et d'un usage le plus fréquent, étaient individualisées sous un nom spécial, tiré ou de celui de leur auteur, comme la *Serviana* pour le créancier muni d'un gage (*b*),

(*a*) Gajus, IV, § 106, 107, emploie indifféremment les expressions *formula in factum concepta* et *in factum agere*. — De même, Gajus, IV, § 46, énumère plusieurs *formulæ in factum*, que le Digeste appelle toujours *actiones in factum*. L. 12, de in jus voc. (II, 4), L. 25 pr. de O. et A. (XLIV, 7). — L. 3 pr. de eo per quem factum (II, 10). — L. 5, § 3, ne quis eum (II, 7).

(*b*) On ne doit pas ranger dans cette classe la *publiciana actio*

ou bien de leur motif, comme l'*actio doli*, *quod metus causa*, *vectigalis*, *constitutoria*, *hypothecaria;* mais ces dénominations n'étaient que pour la commodité du langage, et ces actions n'en demeuraient pas moins des *actiones in factum* ou *formulæ in factum conceptæ*.

L'explication que je donne ici de l'*actio in factum*, comme servant à opérer le développement pratique du droit, est confirmée directement par le témoignage des anciens jurisconsultes (*c*). Ils nous disent que les *judicia prodita*, les *vulgares actiones* (*d*), ne suffisant pas aux besoins de la vie réelle, le préteur y avait pourvu au moyen des *actiones in factum*. Ils ajoutent que les cas où le besoin s'en faisait sentir sont de deux espèces, les uns entièrement nouveaux, les autres analogues à ceux déjà protégés par les

qui, comme action fictive (§ 215), était à la fois *in jus* et *in factum* (§ 216). La *Rutiliana* et la *Serviana*, introduite en faveur du *bonorum emtor*, avaient le même caractère. Gajus, IV, § 35.

(*c*) L. 1 pr., L. 11, de præscr. verbis (XIX, 5).

(*d*) Les judicia *prodita* sont d'abord les actions contenues dans l'édit et accompagnées de leurs formules, bien que la L. 11 de præscr. verbis (XIX, 5) parle aussi d'actiones quæ *legibus proditæ* sunt. — *Vulgares* actiones sont les actions connues et usuelles; en d'autres termes, les actions contenues dans l'édit. Ainsi *vulgaris* se prend pour *directa* (§ 215 *a*); dans la loi 42 pr. de furtis (XLVII, 2), *vulgaris* est opposé à *actio noxalis*, et dans les Vat. Fragm., § 102, à *actio de peculio*.

actions civiles, et qu'alors il suffit d'étendre ces actions (*e*).

Le but général des *actiones in factum* étant l'extension pratique du droit, on voit qu'elles concordent avec les *utiles actiones* dont j'ai parlé plus haut (§ 215). Quand donc on avait besoin d'une action pour un cas nouveau, on pouvait recourir à une action fictive dérivée d'une ancienne action civile, et c'étaient là les *utiles actiones* proprement dites. Mais on pouvait aussi obtenir le même résultat au moyen d'une *actio in factum*. Ce dernier moyen s'employait dans les cas très-nombreux où il fallait étendre au delà de ses limites originaires une action prétorienne, qui elle-même était déjà *in factum*, et aussi quand il fallait créer une action entièrement nouvelle pour un rapport de droit qui ne s'était pas encore présenté. Le nom général de *utilis actio* comme désignant une action nouvelle instituée pour l'extension du droit (§ 215), convenait également aux *in factum actiones*, et ainsi s'explique comment nous voyons dans plusieurs textes les deux désignations réunies sous le nom de *utilis in factum actio* (*f*). L'action *hypothe-*

(*e*) L. 11, de præscr. verbis (XIX, 5.)

(*f*) L. 26, § 3, de pactis dot. (XXIII, 4). — « Utilis.... in factum. » L. 7, § 1, de religiosis (XI, 7) : « utilem actionem in factum. » — Ce n'est pas là pléonasme. Dans le dernier texte cité, *utilis* veut dire que l'*actio de religiosis*, déjà contenue dans

caria était certainement de cette espèce, comme extension de la *Serviana* introduite dans l'origine pour un cas très-restreint; c'est pourquoi on l'appelle aussi *utilis Serviana* ou *quasi Serviana*.

Nous ne voyons nulle part ces deux expressions aussi souvent employées alternativement qu'au sujet de l'*actio legis Aquiliæ*, qui, primitivement très-restreinte, avait donné lieu aux extensions les plus diverses. Sans doute elles s'opéraient fréquemment au moyen d'une *utilis actio* proprement dite ou action fictive (*g*); non moins souvent aussi au moyen d'une *in factum*

l'édit, est étendue à un nouveau cas; l'addition *in factum* exprime que *utilis* ne doit pas se prendre dans sa signification restreinte d'action fictive. — On trouve de très-bonnes choses sur cette matière dans Mühlenbruch, Cession, § 15; seulement il fait trop de distinctions, et des distinctions trop subtiles. Les idées et les expressions des Romains étaient beaucoup plus simples.

(*g*) Quand l'usufruitier d'une chose endommagée voulait agir en justice, comme il ne pouvait avoir qu'une *utilis actio* (L. 11, § 10, ad L. Aquil., IX, 2), la formule était ainsi rédigée : Si paret N. Nigidium Stichum servum, in quo ususfructus A. Agerii est, vulnerasse, ejusque rei causa, si is servus A. Agerii ex jure Quiritium esset, damnum decidere oportere, judex quanti ea res plurimi fuit in diebus triginta proximis, tantam pecuniam condemnato, si non paret absolvito. — L'action fictive s'appliquait très-bien au cas de cette espèce, ceux où le demandeur, sans être propriétaire, avait un *jus in re* sur la chose endommagée; mais si l'extension de l'action tenait à la nature même de l'acte qui causait le dommage (*damnum non corpore datum*), la forme d'une action fictive devenait inapplicable. Néanmoins, on em-

actio (*h*) : cela dépendait vraisemblablement du hasard ; et dans les deux cas, le résultat définitif demeurait absolument le même. Ainsi donc, il n'y a ni contradiction, ni fluctuation de doctrines, quand, dans une seule espèce, nous voyons mentionner, tantôt la *utilis*, tantôt la *in factum actio* (*i*) ; car, en réalité, même sous l'empire de l'ancienne procédure, ces deux expressions étaient également justes et identiques quant au résultat ; d'ailleurs, en droit Justinien, vu l'abolition des formules, la différence était purement nominale.

L'identité que j'établis ici entre l'*actio in fac-*

ployait aussi, même dans les cas de cette dernière espèce, l'expression d'*utilis actio*, comme le prouvent les textes cités note *i*.

(*h*) On l'appelle ordinairement *in factum*, quelquefois aussi *in factum legi Aquiliæ accommodata*, ou *ad exemplum legis Aquiliæ*. L. 11 pr. de prescr. verbis (XIX, 5), L. 53 ad L. Aquil. (IX, 2).

(*i*) L. 51 de furtis (XLVII, 2), rapprochée de la L. 53 ad L. Aquil. (IX, 2). — L. 9, § 3, ad L. Aquil. (IX, 2), rapprochée de la L. 27, § 34 eod. Dans ce dernier texte il faut, d'après plusieurs autres témoignages, sous-entendre *utilem* (L. Aquil. actionem). Cf. § 16 J. de L. Aqu. (IV, 3). — D'après la fin du texte des Institutes, on pourrait croire qu'il y avait pour l'*actio L. Aqu.* deux extensions successives . 1° au moyen d'une *utilis actio ;* 2° si celle-ci ne suffisait pas, au moyen d'une *in factum actio*. Cette fausse apparence tient à un défaut d'exactitude dans la rédaction, qui d'ailleurs est facile à comprendre, car, depuis longtemps, rien de tout cela n'existait dans la pratique. Cf. vol. 1, § 45, note *d*. Ce texte des Institutes a donné beaucoup de peine inutile aux auteurs modernes.

tum et la *formula in factum concepta*, souffre néanmoins une exception incontestable. Les contrats que les auteurs modernes ont coutume d'appeler innomés, engendraient des actions civiles, et celles-ci sont qualifiées indifféremment de *actio prescriptis verbis* ou *in factum civilis* (*k*). Voici comment elles étaient rédigées. D'abord venait une *demonstratio*, qui ne contenait pas, comme pour les autres actions, une indication sommaire du fait (*l*), mais bien la narration détaillée du fait avec toutes ses circonstances, et par là même la base de l'action (*m*).

(*k*) In factum civilis. L. 1, § 1, 2, L. 5, § 2 de præscr. verbis (XIX, 5). — Ce qui est synonyme de præscriptis verbis L. 1, § 2, L. 2 pr. L. 13, § 1, L. 22 pr., L. 24 eod.

(*l*) On voit des exemples de cette forme donnée à la *demonstratio* dans Gajus, IV, § 36, 47, 136, 137.

(*m*) L. 6 C. de transact. (II, 4) : « .... Aut enim stipulatio « conventioni subdita est, et ex stipulatu actio competit : aut, si « omissa verborum obligatio est, utilis actio, quæ *præscriptis* « *verbis rem gestam demonstrat*, danda est. » *Demonstrat* désigne directement la *demonstratio;* mais la partie essentielle est le *rem gestam*, c'est-à-dire l'exposé détaillé des faits tels qu'ils se sont passés. L'expression *utilis* actio a depuis longtemps semblé suspecte aux commentateurs, et on a voulu lui substituer un peu violemmenx le mot *civilis*. Voici l'explication la plus naturelle. On admettait autrefois que le contrat innomé dans la forme, dont il est ici question, *facio ut des*, ne donnait lieu à aucune action civile (L. 5, § 3 de præscr. verb., XIX, 5). Or, puisque notre texte lui attribue une action, c'était là une *utilis actio* en comparaison de l'ancien état des choses. Elvers, Neue Themis, Vol. I, pag. 366.

C'était là une *demonstratio* véritable et *précédant l'intentio;* ce qui nous explique le nom de *præscriptis verbis*, tiré, comme celui de *præscriptiones*, de la place qu'elle occupait dans la formule (*n*). Le nom de *in factum* s'explique par la narration détaillée des faits; ce qui rapproche cette espèce d'actions des formulæ in factum *conceptæ*, particulièrement de celles qui n'étaient point insérées spécialement dans l'édit, mais se donnaient toutes les fois qu'il en était besoin.

Je passe à l'*intentio in jus concepta* usitée dans un grand nombre d'actions, et tout à fait indéterminée : Quidquid eum ob eam rem dare facere oportet. Alors l'action est appelée dans un très-grand nombre de textes, tantôt *incerti actio* (à cause de l'indétermination de *quidquid*), tantôt *civilis* (à cause de la *civilis* ou *in jus intentio*), tantôt de ces deux noms réunis (*o*); nous trouvons même une fois : civilis *intentio* incerti (*p*),

(*n*) C'est ce qu'observe très-bien Hasse, p. 44.

(*o*) Civilis, voy. note *k*. — Incerti L. 8, L. 9, pr. de præscr. verb. (XIX, 5), L, 19, § 2 de prec. (XLIII, 26), L. 9 C de don. (VIII, 54). — Civilis incerti ou incerta, L. 7, § 2 de pactis (II, 14), L. 16 de præscr. verb. (XIX, 5), L. 23 comm. div. (X, 3), L. 6 C. de rer. perm. (IV, 64). — Dans la L. 19, § 2, de prec., le manuscrit de Florence porte : incerti *condictione;* c'est évidemment une erreur. La bonne leçon, celle du texte de Bologne : incerta *actione*, se trouve dans le Cod., Rhed., dans mon manuscrit, et dans les éditions suivantes : Rom., 1476; Norimb., 1483; Venet., 1483; Venet., 1485.

(*p*) L. 6 pr. præscr. verb. (XIX, 5) : « civili intentione incerti. »

désignation qui suffirait pour dissiper tous les doutes sur la nature de cette formule. En effet, le nom de *incerti* actio n'aurait pas de sens, si l'on voulait regarder cette action comme une *formula in factum concepta;* car la narration qui alors aurait formé la matière de l'*intentio* (§ 216) ne présentait absolument rien d'indéterminé.

On voit que cette *actio in factum civilis* avait en réalité une *formula in jus concepta*, bien que son nom puisse aisément induire en erreur sur ce point (*q*). Cela résulte de l'ensemble des textes cités. Mais voici en outre des témoignages particuliers qui viennent confirmer cette doctrine. — D'après les Institutes, l'action dont je parle était *bonæ fidei* (*r*); or, Gajus nous apprend que les actions de bonne foi avaient une *intentio in jus concepta* ainsi conçue : Quidquid eum dare facere oportet *ex fide bona* (*s*). L'*intentio in factum concepta* ne se prêtait nullement à l'addition de ces derniers mots, d'où était néanmoins tiré le nom

(*q*) La doctrine que j'expose ici a déjà été très-solidement établie par divers auteurs : Keller, Litiscontestation, p. 252, 253; Hasse, p. 41-46; G. E. Heimbach, Bedeutung der in factum actio dans Linde's Zeitschrift, Vol. XI, p. 285 sq. — Au reste, l'expression *in factum civilis* n'était pas bien choisie, car on pouvait aisément confondre cette action et la *formula in factum concepta* de plusieurs actions civiles (§ 216 *k*), avec lesquelles elle n'avait en réalité rien de commun.

(*r*) § 28 J. de act. (IV, 6).

(*s*) Cajus, IV, § 47.

de cette classe d'actions (*t*). — Quand Séjus donnait à Titius l'esclave Stichus, sous condition que Titius affranchirait l'esclave Pamphile, et que Titius, après avoir rempli la condition, se voyait ensuite enlever Stichus par suite de la revendication d'un tiers, on demandait quelle action Titius avait contre Séjus pour se faire indemniser. Le jurisconsulte Julien pensait qu'il fallait recourir à une *in factum actio;* mais Marcien et Ulpien blâment cette opinion, parce que la *civilis incerti actio* régulière suffisait pour atteindre le but, sans qu'il fût besoin d'une *in factum actio* (*u*). Ce blâme implique nécessairement que l'action civile déclarée suffisante par Ulpien avait une *intentio in jus concepta;* car si elle eût été aussi *in factum concepta,* il n'y eût pas eu d'opposition véritable entre l'opinion de Julien et celle d'Ulpien; celui-ci ne l'eût donc pas critiquée (*v*). —

(*t*) Les mots *ex fide bona* servent à déterminer et à restreindre le *oportet*, c'est-à-dire, l'obligation résultant du rapport de droit. Mais, dans l'exposé du fait, par exemple : Si paret Agerium mensam deposuisse, l'addition de *ex fide bona* n'aurait pas eu de sens.

(*u*) L. 7, § 2 de pactis (II, 14) : «.... Et ideo puto, recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc : dedi tibi Stichum « ut Pamphilum manumittas : manumisisti : evictus est Stichus : « Julianus scribit in factum actionem, a Prætore dandam : ille ait, « civilem incerti actionem id est præscriptis verbis sufficere. »

(*v*) Il ne peut s'agir ici de la simple distinction entre l'action civile et l'action prétorienne; car elle n'eût pas été visible dans la formule. La rédaction de l'*intentio* (*in jus* ou *in factum*)

Enfin, un scoliaste des Basiliques nous dit expressément que les actions dont je parle avaient, indépendamment de la *demonstratio*, une *intentio* spéciale, puis et en dernier lieu venait la *condemnatio* (*w*).

§ CCXVIII. *Division des actions. Judicia, arbitria. Stricti juris, bonæ fidei* (*).

L'exposé que je viens de faire des anciennes formes d'actions avait pour but de nous faciliter l'intelligence de certaines espèces d'actions, dont les différences importantes se trouvent encore très-souvent mentionnées dans le droit Justinien. Ce sont les *stricti juris* et *bonæ fidei actiones*, les condictions et les *arbitrariæ actiones*.

Cicéron nous dit qu'il y avait en général deux espèces d'actions, les *judicia* et les *arbitria* (*a*). Dans les premiers, on suivait la rigueur et la lettre du droit; dans les seconds, on pouvait

pouvait seule présenter une différence apparente et donner lieu à la critique.

(*w*) Schol. Basil. Vol. I, p. 559, 560 ed. Heimbach; cf. A. E. Heimbach, p. 290.

(*) Voy. sur cette matière en général les Appendices XIII et XIV. Celui qui lirait d'abord ces deux appendices saisirait mieux le résumé que j'en donne dans ce paragraphe et dans les paragraphes suivants.

(*a*) Cicero pro Roscio Comœdo C. V. : « Aliud est judicium, « aliud arbitrium.... Quid est in judicio? directum, asperum, simplex : Si paret HS. IↃↃↃ dari oportere.... Quid est in arbitrio? « mite, moderatum : Quantum æquius et melius, id dari. »

user de ménagements, et consulter l'équité. Un peu plus loin, Cicéron semble exprimer ce contraste par les termes de *judicia legitima* et *arbitria honoraria* (*b*). Dans d'autres passages, où il s'agit évidemment d'actions qui rentraient dans la classe des *arbitria*, il les désigne ainsi : judicia (ou arbitria), in quibus *ex fide bona* est additum, c'est-à-dire que leur *formula* contenait comme signe caractéristique les mots *ex fide bona*, ou d'autres ayant le même sens (*c*).

Sénèque exprime le même contraste dans sa même généralité; mais il ajoute un détail très-

(*b*) Cicero, ib. C. V. : « perinde ac si in hanc formulam omnia *judicia legitima*, omnia *arbitria honoraria*, omnia « officia domestica conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus. » Évidemment Cicéron ne cherche pas ici une précision scientifique; mais voici le sens de ce passage : « Tous les *judicia*, « c'est-à-dire les actions civiles, comme aussi tous les *arbitria*, « c'est-à-dire les actions prétoriennes. » Les mots ajoutés ont donc un sens démonstratif et non restrictif, et ils n'impliquent nullement que des actions civiles nombreuses et importantes ne fussent pas des *arbitria*, comme on le verra bientôt d'après d'autres passages de Cicéron lui-même. Surtout on ne doit pas confondre ces *judicia legitima*, dont le sens est mis hors de doute par le rapprochement des *arbitria honoraria*, avec les *legitima judicia*, dont parle Gajus, IV, § 103-105. Gajus lui-même, § 109, nous met en garde contre cette erreur.

(*c*) Cicero, Top. C. XVII : « In omnibus igitur iis *judiciis*, « in quibus *ex fide bona est additum* : ubi vero etiam *ut inter* « *bonos bene agier* : in primisque in arbitrio rei uxoriæ, in quo « est : *quid æquius melius*. » — Cicero, de Off. III, 15 : *ju-* « *diciis* in quibus additur *ex fide bona* ; » III, 17 : « in omnibus « iis arbitriis, in quibus adderetur *ex fide bona*. »

important, explicatif des termes employés, et dont l'omission dans Cicéron est purement accidentelle (*d*). En effet, il y avait une liste périodique (*album*), et affichée publiquement, de tous les citoyens désignés comme juges. Quant à leur nombre et quant aux classes de citoyens parmi lesquelles ils devaient être pris exclusivement, cela a varié plus d'une fois (*e*). Voici maintenant le rapport qui existait entre la personne du juge et cette diversité des actions : le *judicium* ne pouvait être rendu que par un *judex* pris sur l'album, tandis que tout citoyen, inscrit ou non sur l'album, pouvait être appelé à prononcer un *arbitrium* (*f*). Relativement à la phraséologie, j'ob-

(*d*) Seneca, de Beneficiis, III, 7 : « Ideo melior videtur con- « ditio causæ bonæ si ad *judicem*, quam si ad *arbitrum* mit- « tatur : quia illum *formula includit*, et certos quos non exce- « dat terminos ponit ; hujus *libera, et nullis adstricta vinculis* « *religio*, et detrahere aliquid potest et adjicere.... ubi id, de « quo sola sapientia decernit, in controversiam incidit, non potest « ad hæc sumi *judex ex turba selectorum, quem census in* « *album, et equestris hereditas misit.* » — Par un hasard singulier, cette distinction entre les juges se trouve mentionnée textuellement dans un passage des Institutes de Justinien, où d'ailleurs elle n'a plus aucun sens. § 1 J. de act. (IV, 6) : « Om- « nium actionum, quibus inter aliquos *apud judicem arbitrosve* « de quacumque re quæritur, etc. »

(*e*) Cf. Zimmern, Rechtsgeschichte, Vol. III, § 10.

(*f*) Cicero pro Cluentio, C. XLIII, dit que tous les *judices* tenaient leurs pouvoirs du consentement libre des parties. La généralité de cette assertion admet très-bien des différences dans le mode de leur nomination, et la part qu'y prenaient les

serve que *judex* et *judicium* s'employaient tantôt pour désigner le *judicium* dans le sens étroit défini plus haut (notes *a*, *b*, *d*), tantôt comme expressions génériques, et alors embrassant aussi les *arbitria* (*g*). Les mots *arbiter* et *arbitrium*

parties. Quand dans un *judicium* le préteur ou le sort désignait un certain nombre de noms pris sur l'*album*, et que chacune des parties pouvait les récuser dans une proportion déterminée, les parties acceptaient en quelque sorte les juges restants, parmi lesquels le prêteur choisissait un *judex*; peut-être aussi pour un *arbitrium*, fallait-il un accord positif des parties, comme semblent l'indiquer la L. 57 de red. jud. (XLII, 1), et Val. Max., II, 8, 2. — Vraisemblablement le demandeur *nommait* l'*arbiter*, que le défendeur pouvait ensuite refuser. Val. Max., VIII, 1, 2. « Calpurnius... Catonem.... arbitrum Claudio *addixit*. » Néanmoins, on lit à propos du même fait *adegit*, dans Cicero, de Off., III, 16, expression qu'il répète pro Roscio, C. IX. D'un autre côté, nous voyons : judicem aliqui *ferre*, dans Cicero, de Or., II, 65, 70.— On se tromperait beaucoup si l'on croyait que les juges inscrits sur l'*album* fussent absolument les meilleurs, et que pour les arbitria on dût se contenter de moins bons. Le triomphe d'un parti politique faisait souvent exclure de l'*album* les citoyens les plus distingués; ensuite les nombreux magistrats en fonctions pendant l'année courante, et qui pouvaient toujours être *arbitri*, ne figuraient sans doute pas sur l'*album*; enfin, on pouvait nommer *arbitri* ceux qui étaient inscrits sur l'*album*, comme ceux qui ne l'étaient pas.

(*g*) Cela ressort clairement des passages de Cicéron cités note *c*. Gajus, IV, § 163, emploie indifféremment les expressions *judex* et *arbiter*, peut-être en ne tenant compte que de l'harmonie (par exemple : *judicis arbitrio*). Dans les formules des actions qui étaient certainement des *arbitria*, nous trouvons toujours *judex esto*, jamais *arbiter esto*; seulement on voit dans plusieurs : *recuperatores sunto* (Gajus, IV, § 46-47), et non *judices* ou *arbitri sunto*. Ainsi ce n'était pas là un défaut d'exac-

n'avaient point cette double acception ; ils s'appliquaient exclusivement aux procès où le juge avait plus de latitude (*h*).

Ainsi, en résumé, il y avait dans l'ancienne procédure deux espèces d'actions, que j'appellerai, pour plus de brièveté, les unes *rigoureuses*, les autres *libres*. Entre les différents modes de procéder, c'est-à-dire le plus ou moins de latitude laissée au juge, et la qualité personnelle du *judex*, il y avait connexion ; puisque, pour les actions rigoureuses, celui-ci ne pouvait être pris que sur la liste publique des juges ; pour les actions libres, il pouvait être pris parmi tous les citoyens sans distinction.

Chose singulière ! cette division des actions ne se trouve reconnue sous sa forme générale dans aucun texte du corps de droit, mais nous la voyons soigneusement appliquée à un cercle étroit d'actions, comme *stricti juris* et *bonæ fidei actiones*. Mais on ne doit pas croire que, resserrée dans ce cercle, elle ne fût plus applicable aux

titude dans les auteurs, mais le langage constant de la jurisprudence. Quand donc nous voyons discuter s'il vaut mieux dire *judex* ou *arbiter* (Cicero pro Murena, C. XII), ce n'est là qu'une discussion purement théorique, où l'on cherche à perfectionner la langue.

(*h*) L'expression *arbiter* a encore une double signification, mais sous un rapport tout différent, car elle désigne à la fois le juge d'une action libre, et l'arbitre auquel on soumet une contestation extrajudiciaire.

autres actions. Je montrerai plus bas qu'elle conserva sa signification et son importance tant que subsista l'*ordo judiciorum ;* de sorte que le changement signalé ici porte sur les habitudes du langage plutôt que sur le fond des choses.

Maintenant, pour mettre dans tout son jour ce contraste important, tel qu'il ressort des sources du droit, je vais passer en revue toutes les actions, et indiquer sommairement leur rapport avec ce contraste. Le développement de ces indications sommaires fera l'objet des recherches subséquentes. Le tableau général que je vais donner des actions a pour base les notions exposées précédemment sur les actions civiles et prétoriennes (§ 213); les actions *in rem* et *in personam* (§ 206-208); enfin, les actions résultant des délits, c'est-à-dire, les actions pénales (§ 210-212).

I. Civiles actiones.

1. In personam.

A. Résultant des actes juridiques (les contrats et quasi-contrats) (*i*).

(*i*) C'est donc le même ordre d'idées que les Romains comprennent sous l'expression générale de *contractus*. Cf. L. 23 de R. J. (L. 17). Il ne faudrait pas vouloir compléter la subdivision suivante, celle des délits, en y rattachant les quasi-délits ; car si les quasi-contrats sont nombreux et importants, les quasi-délits n'offrent qu'un intérêt très-secondaire ; aucun, d'ailleurs, n'appartient à l'ancien droit civil, et ils n'engendrent que des actions prétoriennes.

A ces actions seules se rapporte la division suivante :

a. Stricti juris, appelées aussi condictiones. Ce sont des actions rigoureuses (judicia).

b. Bonæ fidei. Ce sont des actions libres (arbitria).

B. Résultant des délits, c'est-à-dire actions pénales. Ce sont des judicia.

2. In rem. Elles sont toutes des arbitria.

II. Honorariæ actiones. Ce sont toujours des arbitria, et l'on ne distingue pas si elles sont in rem ou in personam, ni, quant à ces dernières, si elles résultent d'actes juridiques ou de délits.

Le contraste des *stricti juris* et *bonæ fidei actiones* porte donc uniquement sur les actions civiles qui sont *in personam*, et qui en même temps résultent d'actes juridiques. Ce nom n'appartient à aucune autre; mais le caractère pratique qui les distingue, car les unes sont rigoureuses et les autres libres, existe dans toutes les actions, et en ce sens que la plupart sont libres, et quelques-unes seulement rigoureuses.

Au reste, le contraste tout entier se référant à la qualité et aux pouvoirs du *judex*, il n'avait de signification, et cela s'entend de soi-même, que pour les *ordinaria judicia*, car, dans les *extraordinaria* aucun juge ne figure à côté du magistrat.

§ CCXIX. *Division des actions. Stricti juris (condictiones), bonæ fidei.*

On peut considérer comme point central du système des actions, les actions civiles personnelles résultant des actes juridiques; c'est à elles que s'appliquent exclusivement les expressions techniques les plus précises, et c'est par analogie que se traitent les autres actions.

Les actions civiles résultant des contrats ont pour base l'idée suivante. Le droit une fois organisé, le premier, le plus impérieux besoin qu'il ait à satisfaire, est de protéger la propriété et les droits qui s'y rattachent. La contrainte que nécessite cette protection, en limitant la liberté des autres hommes, prévient, réprime les tentatives injustes, et ainsi procède le plus souvent par des moyens négatifs. Cela suffit en grande partie pour régler les relations des hommes entre eux; jusque-là, il n'y a pas lieu d'appliquer la contrainte à des actes positifs, et si l'emploi de ce moyen devient nécessaire, il doit être justifié par le besoin dont je viens de parler.

Quand, par exemple, un propriétaire loue sa maison, et que le locataire refuse de la lui rendre, l'action résultant de la propriété offre une protection suffisante contre cette injustice. Si le locataire refuse de payer le loyer, cette action ne suffit plus, et néanmoins le propriétaire est

trompé dans une attente légitime. Le même fait se reproduit à l'occasion de la plupart des contrats. Or, toutes ces attentes sont sous la protection directe de la conduite suivie par les gens honnêtes, et cette protection, indépendamment d'aucun secours extérieur, est plus efficace qu'on ne serait tenté de le croire au point de vue purement juridique. Il ne s'agit point ici de noblesse d'âme, de générosité, de sacrifice, toutes choses sur lesquelles on aurait, en général, tort de compter; l'intérêt bien entendu suffit pour nous dicter cette conduite, sans laquelle on n'obtiendrait pas la confiance des autres, presque indispensable dans la vie sociale. Cette fidélité aux engagements pris, les Romains l'appellent bonne foi, *bona fides*. Ainsi en ce sens on peut dire : la conservation de nos biens nous est garantie par l'action résultant de la propriété; l'attente que les autres conformeront leurs actes à leurs déclarations, a pour garantie la bonne foi.

Néanmoins, cela ne suffit pas, malgré toute la réserve que l'on puisse mettre à implorer un secours extérieur. Ainsi, quand je loue ma maison à un autre, j'ai, indépendamment de sa loyauté, pour me garantir contre la diminution de mes biens, la revendication; mais quand je lui prête de l'argent, cette ressource me manque. En lui transférant la propriété de l'argent, je me prive volontairement et à son avantage du secours de

la revendication ; s'il ne me rend pas l'argent, mon attente n'est pas seulement trompée, comme dans le cas où l'on ne me paye pas un loyer, mais je vois mes biens définitivement diminués, et cela par suite d'un plus haut degré de confiance. Une pareille confiance m'expose donc à un plus grand danger, et ces deux circonstances réunies me donnent droit à une protection plus puissante, semblable à celle qui résulte de la propriété.

Le prêt est l'exemple le plus simple et le plus évident de la nécessité d'une pareille protection au moyen de l'action personnelle; mais au prêt se rattachent, par un lien naturel, d'autres cas analogues, qui dès lors doivent jouir du même avantage. Car si le prêt a droit à plus de protection que les autres contrats, c'est qu'à défaut de cette protection mon bien serait diminué injustement pour enrichir un autre; or, dans tous les cas où existe le même rapport, la même protection doit être accordée. Cela a lieu effectivement quand un autre s'enrichit à mes dépens, non par l'effet de la confiance que je lui accorde, mais par l'effet d'une erreur de ma part (*condictio indebiti*), ou par suite d'une violence qu'il exerce sur moi, ou enfin par suite d'un simple hasard. Cet enchaînement naturel des idées a fait placer sur la même ligne que l'action résultant du prêt, la *condictio indebiti, sine causa, furtiva,* etc. (*a*).

(*a*) Appendice XIV, num. IV-VIII.

Voici une seconde extension, mais déjà plus artificielle, de la même protection. Quand il intervient entre moi et une autre personne un rapport de droit n'ayant ordinairement d'autre garantie que la bonne foi, si nous convenons de placer ce rapport de droit sous une protection juridique semblable à celle qui accompagne le prêt, il suffit, pour faciliter les transactions civiles, que cette convention devienne efficace. On doit donc employer des formes propres à établir que la convention est réelle et sérieuse, et ces formes doivent naturellement faire ressortir l'affinité intime de ce cas avec ceux énumérés plus haut, surtout avec le prêt. C'est d'après ce principe que l'on a attribué des effets de même nature que ceux du prêt, à l'*expensilatio* et à la *stipulatio*, comme aussi à l'ancienne *nexi obligatio* (*b*).

Mais il faut maintenant reporter notre attention sur les actes juridiques que j'ai dit plus haut être protégés par la bonne foi. Il serait dangereux de s'en tenir à cette protection, car on pourrait trouver des hommes qui refuseraient d'y avoir égard; et quand même la perte de la confiance leur causerait, par la suite, un préjudice supérieur au bénéfice actuel, ce bénéfice n'en serait pas moins injuste, et l'ordre du roi violé, quoi-

(*b*) Appendice XIV, num. IX, X.

que d'une manière moins grave. Sous ce point de vue, les cas dont je parle ont une certaine analogie, mais non une parité complète avec ceux qui demandent une protection juridique rigoureuse.

Voici comment les Romains ont reconnu ce rapport et cette différence. La protection rigoureuse, celle qui appelle l'intervention du juge proprement dit, n'existe que pour les cas de la première classe. Mais dans les cas protégés seulement par la bonne foi, si deux personnes se trouvent en dissentiment, et chacune d'elles pensant avoir le bon droit de son côté, mais aussi concevant très-bien qu'elle peut se tromper, elles s'accordent pour choisir un arbitre impartial et promettent de s'en rapporter à sa décision. Cela est tellement conforme aux usages des gens honnêtes, que nul ne pourrait s'y refuser sans faire suspecter sa loyauté. Aussi en pareilles circonstances chacun est-il tenu de prêter les mains à cet arrangement. L'arbitre, ainsi nommé avec le consentement des deux parties, n'a point, comme le juge véritable, à appliquer le droit rigoureux, mais à déterminer ce que, dans le cas donné, un homme honnête ferait de lui-même et sans contrainte (*c*).

L'idée générale que je viens de présenter ici sous sa forme abstraite revêt chez les Romains

(*c*) Appendice XIII, num. XIII.

la forme concrète que voici (§ 218). Tout droit rigoureux semblable au droit de propriété peut s'exercer au moyen d'une *stricti juris actio* ordinairement appelée *condictio*, et cette action est portée devant un *judex* pris sur la liste de l'album. Les droits d'une autre nature engendrent une *bonæ fidei actio*, qui s'instruit devant un ou plusieurs arbitres que choisissent les parties. Le *judex* ne fait que remplacer le préteur, et doit se conformer strictement à ses instructions. L'*arbiter*, chargé d'interpréter les usages suivis par les gens honnêtes, juge avec plus de liberté, et aussi le préteur se contente de lui indiquer la marche à suivre.

Cette différence entre les pouvoirs du *judex* et ceux de l'*arbiter* résulte de la différence de leur position vis-à-vis des parties et vis-à-vis du magistrat, et celle-ci tient à la différence fondamentale qui existe entre les deux classes d'actes juridiques. Ce serait donc une erreur de croire que cette distinction ait été établie en vue de favoriser le demandeur dans l'une ou l'autre espèce d'actions, car chacune avait pour le demandeur ses avantages et ses désavantages, mais qui ne doivent point être considérés comme but de l'institution (*d*).

Il y avait trois classes de condictions distinctes

(*d*) Appendice XIII, num. II, II, IV.

par leurs formules, et par des règles pratiques importantes. La première classe, et la principale, se composait de la *certi condictio*, appelée encore *si certum petetur*, et avait pour objet une somme d'argent déterminée (si paret, centum dari oportere). Le plaideur de bonne foi était protégé contre la déloyauté de son adversaire par une *sponsio* et une *restitutio tertiæ partis*. — La seconde classe avait pour objet la transmission de la propriété d'une chose indéterminée autre que l'argent comptant (si paret hominem Stichum dari oportere). — Enfin, la troisième classe s'appliquait à toutes prestations autres que les deux précédentes, et elles étaient toujours indéterminées. C'est pourquoi on appelait la condiction de cette classe *incerti condictio*, et sa formule était ainsi conçue : Quidquid dari fieri oportet (*e*).

Il n'existe pas de semblables distinctions pour les *bonæ fidei actiones*. Toutes avaient pour objet d'obtenir ce que, dans le cas donné, un homme éclairé et de bonne foi aurait exécuté volontairement, et la généralité de ce but est ainsi exprimée parsa formule : Quidquid dari fieri oportet *ex fide bona* (*f*).

(*e*) Appendice XIV, num. XXXII-XL.
(*f*) Appendice XIII, num. XIV.

§ CCXX. *Division des actions. Stricti juris (condictiones) bonæ fidei.* (Suite).

Les auteurs modernes ont, sur cette distinction des actions, des idées qu'il faut rejeter, les unes comme entièrement fausses, les autres comme nullement justifiées.

J'appelle entièrement fausse l'opinion qui voit dans les *stricti juris actiones* une classe d'actions spécialement favorisées, comme aujourd'hui la lettre de change est protégée par des voies de droit plus rigoureuses et plus promptes que les autres contrats. Les *stricti juris actiones* étaient, au contraire, les actions véritables, les actions proprement dites. Les *bonæ fidei actiones* étaient des actions d'une autre espèce, moins astreintes à la rigueur du droit, et, si l'on voulait appliquer ici l'idée de règle et d'exception, il faudrait dire que les condictions étaient la règle et les *bonæ fidei actiones* l'exception (*a*).

Je regarde comme non justifiée l'opinion qui attribue un sens chronologique aux principes et aux institutions dont je viens d'établir la généalogie. Considérée dans son ensemble, cette doctrine donnerait les résultats suivants. Dans l'origine, et peut-être pendant une longue période de temps, il n'y eut point d'autres actions personnelles que les condictions de la première et

(*a*) Appendice XIII, num. XIII.

de la seconde classe (§ 219), destinées à transmettre la propriété d'une somme d'argent ou d'une chose déterminée. Plus tard furent introduites les *incerti condictiones*, s'appliquant aux choses indéterminées de différents genres. Vinrent enfin les *bonæ fidei actiones*, qui avaient de l'analogie avec les dernières condictions, mais permettaient d'agir avec plus de liberté, et avaient dans leur objet plus d'indétermination.

On ne cite aucun témoignage pour établir la réalité de ce développement historique, et on s'appuie uniquement sur cette induction naturelle, que l'on a dû passer progressivement de la rigueur à la liberté, et de la détermination à l'indétermination. En général, il est dangereux d'appliquer à une recherche historique de pareilles abstractions. Les témoignages directs manquent également pour combattre ou pour établir ce développement historique; mais il implique dans l'origine un état de choses trop imparfait pour que l'esprit pratique des Romains ait jamais pu s'en contenter, et il est en contradiction avec les résultats que présentent plusieurs faits bien constatés de l'histoire des premiers temps. Nous sommes donc autorisés à rejeter cette hypothèse comme nullement justifiée, et même comme tout à fait invraisemblable (*b*).

(*b*) Appendice XIII, num. XIII; Appendice XIV, num. XLVII.

Voici, au contraire, un autre développement historique non-seulement probable, mais certain. Le système des trois classes de condictions avec leurs différentes formules, complété par les *b. f. actiones*, a eu une formation simultanée et non successive; ainsi, dès l'origine de la procédure par formules, les condictions créées à l'imitation des anciennes *legis actiones* existèrent telles que nous les trouvons dans les sources du droit. Dans la suite des temps, le principe qui servait de base à la *b. f. actio*, obtint la prééminence, et nous voyons une tendance marquée à imprimer aux condictions le caractère plus libre des *b. f. actiones;* tendance que le préteur favorisa de plusieurs manières. On employait à cet effet des moyens et des voies de droit fondées sur la nature même des condictions; par là on satisfaisait un besoin pratique profondément senti, sans violer l'analogie dans la forme (*c*). — Cette tendance paraît s'être manifestée de très-bonne heure; du moins elle existait déjà du temps de Cicéron, comme le montre sa prédilection pour les *b. f. actiones* considérées au point de vue moral (§ 218, *c.*). Néanmoins, le système primitif des actions subsista aussi longtemps que l'ancienne organisation judiciaire, et l'emploi d'un *judex* ou d'un *arbiter* est toujours

(*c*) Appendice XIII, num. XX.

le signe distinctif des deux espèces principales d'actions personnelles. Mais quand cette distinction disparut avec l'ancienne organisation judiciaire (l'*ordo judiciorum*), ce système d'actions se trouva détruit dans sa partie essentielle. La disposition à traiter plus librement les actions se prononça tous les jours davantage; il ne resta plus que quelques différences isolées, purement pratiques, établies sous l'influence de l'ancienne procédure, et qui continuèrent de subsister uniquement parce que personne ne songea à les abolir.

Si jusqu'ici je n'ai appliqué le contraste des actions rigoureuses et libres qu'aux actions civiles personnelles résultant d'actes juridiques, c'est qu'elles sont réellement le centre de l'ancien système des actions (§ 218, 219). Mais comme ce contraste a en soi une nature plus générale, il faut examiner ses rapports avec les autres classes d'actions.

Les actions civiles nées des délits étaient sans doute, ainsi que les condictions, portées devant un *judex*, et traitées comme actions rigoureuses. En effet, lorsque anciennement un décret du peuple infligeait une amende pour punir un délit; sans la poursuite devant un juge, cette disposition n'aurait pas eu de sens (*d*).

(*d*) Appendice XIII, num. VIII.

Quant aux *in rem actiones* civiles, le demandeur pouvait choisir entre un *judex* ou un *arbiter*, c'est-à-dire introduire une action rigoureuse au moyen d'une *sponsio*, ou porter devant un arbitre une *petitoria formula*, et c'était là ce qu'on appelait proprement une *in rem actio* (*e*).

Enfin, les actions prétoriennes *in rem* ou *in personam*, résultant d'actes juridiques ou de délits, étaient toujours libres, et dès lors instruites devant un *arbiter* (*f*).

Ainsi, pour les autres actions, on suivait l'analogie, tantôt des condictions, tantôt des *b. f. actiones*, mais sans jamais leur appliquer ces expressions techniques (*g*).

§ CCXXI. *Division des actions. Arbitrariæ actiones.*

Les Institutes de Justinien, après avoir parlé avec détail du contraste des *bonæ fidei* et *stricti juris actiones* (*a*), continuent en ces termes :

Præterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex

(*e*) Appendice XIII, num. IX. Cette réduction de la réclamation de la propriété à une *sponsio*, prouve clairement que l'ancien système des actions avait pour base les actions résultant des contrats.

(*f*) Appendice XIII, num. X.

(*g*) Appendice XIII, num. VI, Appendice XIV, num. XX.

(*a*) § 28, 29, 30, J. de act. (IV, 6).— Cf. Appendice XIII, num. I, VI, XII.

arbitrio judicis pendentes, appellamus, in quibus, *nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat*, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, *condemnari debeat*. Sed istæ actiones tam in rem quam in personam inveniuntur (ici sont énumérés divers exemples). In his enim actionibus et similibus permittitur judici ex bono et æquo, secundum cujusque rei de qua actum est naturam, *æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat*.

Au premier abord ces actions paraissent n'être autre chose que les *b. f. actiones*, définies un peu plus haut, car le pouvoir attribué au juge est donné comme signe carastéristique des unes et des autres. Comment croire néanmoins que l'on ait reproduit, sous un autre nom, la même espèce d'actions sans signaler l'identité? Ce qui d'ailleurs rend cette idée tout à fait inadmissible, c'est que les exemples cités ici diffèrent entièrement de ceux longuement énumérés pour les *b. f. actiones*.

Plusieurs ont cru résoudre la difficulté en disant que la division générale des actions avait trois membres : *stricti juris, bonæ fidei, arbitrariæ*. Mais d'abord il eût été beaucoup plus simple de placer au § 28 les actions *arbitrariæ* comme troisième membre à côté des deux autres, ensuite on ne saurait établir de contraste marqué entre les deux derniers membres, puis-

qu'ils ont pour caractère commun le pouvoir accordé au juge. Cette opinion sera complétement réfutée, quand plus bas je prouverai que plusieurs *b. f. actiones* étaient en même temps *arbitrariæ*, d'où il résulte que ces deux qualifications ne sont point exclusives l'une de l'autre.

Mais en réalité il n'existe aucune dépendance entre les *arbitrariæ actiones* et le contraste des *stricti juris* et *b. f. actiones*. Cette expression désigne un caractère particulier à certaines actions, dont quelques-uns sont *b. f.*, et les autres ne sont ni *b. f.*, ni *stricti juris*. Or voici ce qui distingue les *arbitrariæ actiones*. L'*arbiter*, au lieu de prononcer immédiatement, indique au défendeur, dans le cas où il reconnaîtrait son injustice, le moyen de satisfaire le demandeur. Si le défendeur se conforme à cet avis préalable, il est renvoyé de la demande; dans le cas contraire, on procède au jugement. — La partie essentielle de cette explication, je veux dire l'avertissement préalable, se trouve exprimé dans le texte des Institutes par les mots imprimés en italiques (*b*). Les considérations sui-

(*b*) Ce judicis *arbitratus*, mentionné plus ou moins clairement dans plusieurs textes du Digeste, ne l'est nulle part d'une manière plus précise que dans la L. 68 de R. V. (VI, 1), sur laquelle je reviendrai plus bas. — De peur que le défendeur ne conservât indéfiniment la chose, il y avait un délai fixé pour sa restitution. L. 6, § 2, de confess. (XLII, 2) : « ex his actionibus, ex quibus *dies datur ad restituendam rem.* » Au reste,

vantes feront saisir la chose dans son ensemble.

Cette institution nous apparaît tout d'abord comme une tentative de conciliation prescrite à l'*arbiter*, dès lors comme une simple forme de procédure, et l'on ne comprend pas qu'elle ait eu assez d'importance pour donner lieu à la formation d'une classe spéciale d'actions. Son importance s'explique par cette particularité de l'ancienne procédure, que le juge ne pouvait jamais condamner qu'au payement d'une somme d'argent (§ 215, *r*). Ainsi, par une bizarrerie fort injuste, un défendeur obstiné pouvait toujours forcer son adversaire à recevoir une somme d'argent au lieu de l'objet en litige (*c*). Pour prévenir ce fâcheux résultat, l'*arbiter* devait chercher à provoquer la restitution volontaire en nature.

S'il eût fallu s'en rapporter uniquement au bon vouloir ou à la condescendance du défen-

comme cette libre appréciation de l'*arbiter* ne devait pas dégénérer en une vaine formalité, l'*arbitratus* n'avait sans doute pas lieu quand on pouvait prévoir avec certitude qu'il n'aurait pas de résultat; quand, par exemple, un défendeur de mauvaise foi avait rendu la restitution impossible en détruisant ou en aliénant la chose.

(*c*) Non que moyennant cette somme le défendeur devînt acquéreur de la chose; il n'acquérait pas en réalité plus de droit que le condamné *qui dolo desiit possidere*. L. 69, 70, de R. V. (VI, 1). Mais s'il conservait soigneusement la possession, il avait la jouissance de la chose, au préjudice du propriétaire, qui ne pouvait recommencer les poursuites, ayant épuisé son droit d'action.

deur, l'institution se fût trouvée désarmée, dans le cas le plus important, celui d'une mauvaise foi opiniâtre. Mais comme le défendeur qui attendait le jugement éprouvait un préjudice plus considérable que s'il se fût soumis aux injonctions préalables de l'*arbiter*, cette menace était certainement un moyen de coercition indirect très-efficace (*d*). Le préjudice consistait le plus souvent en ce que l'*arbiter* condamnait le défendeur à payer une somme d'argent de beaucoup supérieure à la valeur de la chose; car, pour la fixer, on s'en rapportait au serment du demandeur (*e*).

(*d*) D'après la L. 68, de R. V. (VI, 1), on peut aussi employer la contrainte directe *manu militari*. C'est là une interpolation évidente, car les autres textes du Digeste impliquent l'impossibilité de cette contrainte directe; par exemple : la L. 4, § 3, fin. reg. (X, 1), et la L. 73, de fidejuss. (XLVI, 1). Le § 31, J. de act. (IV, 6), n'admet pas davantage une exécution sur la chose, et ce texte paraît emprunté sans aucun changement à un ancien jurisconsulte. Enfin, dans la supposition d'une exécution réelle, on ne conçoit pas qu'il y ait jamais eu lieu au serment *ob contumaciam* (note *e*).

(*e*) L. 2, § 1, de in litem jur. (XII, 2) : « cum vero dolus, « *aut contumacia non restituentis vel non exhibentis* (punitur), « quanti in litem juraverit actor (æstimatur). » *Dolus* se rapporte au cas où le possesseur a détruit ou aliéné la chose, *contumacia* à la désobéissance dont il est ici question. Cf. L. 1 eod., L. 18, pr. de dolo (IV, 3). De même, dans la L. 73, de fidej. (XLVI, 1) : « noluit eam restituere, *et ideo magno condemnatus est.* » — La L. 68, de R. V. (note *d*), ne parle naturellement que du *dolus* et non de la *contumacia*, l'interpolation de la *manus militaris* rendant la résistance impossible. — Voici réellement ce qui constitue le rapport du serment *in litem* et des actions ar-

Il y avait un préjudice d'une nature spéciale attaché à certaines actions. Ainsi le défendeur, condamné par suite de l'*actio quod metus causa*, payait quatre fois la valeur de la chose, dont la simple prestation l'eût libéré dans l'origine (*f*). La condamnation résultant de la *doli actio* entraînait l'infamie.

Le caractère spécial de ces actions était exprimé par ces mots insérés dans la formule (nisi restituatur, nisi exhibeatur), qui restreignaient ainsi la condamnation à intervenir (*g*).

bitraires. D'après les textes cités, le serment nous apparaît ici comme un droit régulier du demandeur, tandis que, dans les actions rigoureuses, le serment n'était qu'un moyen subsidiaire employé à défaut d'autres preuves. L. 5, § 4, L. 6, de in litem jur. (XII, 3). Je citerai, en outre, à ce sujet la L. 9, eod., car la *furti actio* est aussi une action rigoureuse, et la L. 8, § 1, de act. rer. amot. (XXV, 2), car cette action a le caractère d'une *condictio*. L. 26 eod.

(*f*) Pour cette action on n'admettait pas le serment du demandeur : l'indemnité du quadruple le remplaçait avec avantage. S'il s'agissait d'une *doli actio*, on admettait le serment du demandeur, et le défendeur encourait l'infamie.

(*g*) Des témoignages irrécusables nous montrent que ces expressions n'occupaient pas toujours la même place dans la formule. Dans la *petitoria formula*, rapportée par Cicéron (§ 209, *c*), les mots : neque is fundus Q. Catulo restituetur, font partie de l'*intentio*. — Gajus, IV, § 47, citant une *depositi formula in jus concepta* (216, *t*), place les mots N. R. (nisi restituat) dans la *condemnatio*. — Au sujet d'une *depositi formula in factum*, le même Gajus place dans l'*intentio* : Si paret.... eamque.... redditam non esse. — On trouve également dans l'*intentio* d'une *actio quod metus causa*, ces mots : neque ea

§ CCXXII. *Division des actions. Arbitrariæ actiones.* (Suite.)

Maintenant quelles sont les actions *arbitrariæ* dont je viens de définir le caractère? On peut sans craindre de se tromper, faire à cette question une réponse générale, que viendront ensuite confirmer diverses applications à des cas particuliers.

Voici la règle générale : Toutes les actions *arbitrariæ* étaient des actions *libres*, que leur nature particulière rendait *susceptibles* de recevoir la modification décrite précédemment.

La première partie de la règle exclut toutes les conditions et toutes les actions civiles résultant de délits ; aussi n'offrent-elles aucune trace de cette manière de procéder, qui d'ailleurs eût été incompatible avec le rôle assigné au *judex* en pareilles circonstances. — Cette même partie de la règle embrasse au contraire les *bonæ fidei*, les *in rem actiones*, et toutes les actions prétoriennes.

Il est plus difficile de déterminer ce qui rendait une action *susceptible* de revêtir cette forme particulière, et comment un grand nombre d'actions libres n'appartenaient pas à la classe des *arbitrariæ actiones*. Les expressions *arbitrium*

res arbitrio judicis restituetur. L. 14, § 11, quod metus (IV, 2).

et *arbiter* s'appliquant à toutes les actions libres (§ 218), on pourrait être tenté de croire que toutes les actions libres, sans exception, étaient *arbitrariæ*. Néanmoins on se tromperait beaucoup, car le nom de arbitraria formula ne dérive pas de la personne de l'arbiter, mais de ces mots insérés dans la formule *arbitratus* judicis, désignant la sommation préalable dont j'ai parlé plus haut (§ 221, *b*); de sorte que toute *arbitraria actio* est un *arbitrium,* mais tout *arbitrium* n'est pas une *arbitraria actio* (*a*).

Maintenant cette forme spéciale de procédure s'applique à toutes les actions libres ayant pour objet la *restitution* ou *l'exhibition* d'une chose : elle n'est point applicable hors de ces deux cas (*b*). Il s'agit donc de bien déterminer leur nature. Le

(*a*) Divers passages de Gajus, où l'on voit employé tantôt *arbitrium,* tantôt *arbitrariam formulam petere* (IV, § 141, 163, 164, 165), pourraient nous induire en erreur sur cette distinction. Dans les cas des interdits dont parle Gajus, l'*arbitrium* était en même temps une *arbitria formula;* mais la distinction n'en existe pas moins pour beaucoup d'autres actions.

(*b*) Ce principe est attesté par l'expression *contumacia non restituentis vel non exhibentis,* comme base et condition du serment *in litem* (§ 221, *e*). — Il est pleinement confirmé, bien que dans son application spéciale aux interdits, par Gajus, IV, § 163, 165. Il est aussi confirmé, quant à sa partie essentielle, et dans son application aux actions les plus diverses, par la conclusion de la L. 68, de R. V. (VI, 1) : « Hæc sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, « sive in personam sunt, *ex quibus arbitratu judicis quid restituitur,* locum habet. »

cas le plus facile, le plus rare et le moins important, est celui de l'exhibition. Par là on entend la simple représentation ou production d'une chose déterminée, dont, par conséquent, la partie adversaire ne doit pas être mise en possession, c'est-à-dire la prestation faisant le principal objet de l'*actio* ad exhibendum (*c*).

Restituere a de l'analogie avec *recipere*, qui est la base et le motif des condictions (*d*), et néanmoins il en diffère. En effet, en matière de condictions, tout *recipere* suppose qu'on s'est emparé injustement d'un de nos biens, et qu'il doit nous être rendu. *Restituere,* au contraire, s'applique aussi au rétablissement de la simple possession, même de la simple détention, et il ne s'agit pas alors de remédier à une modification de l'état des biens, car elle n'a jamais existé. Ainsi, au moyen de la revendication, nous recouvrons la possession; au moyen de la *depositi actio,* la détention qui nous manquait, et le résultat de ces deux actions ne change nullement l'étendue de nos biens (*e*). L'expression *restituere* s'applique

(*c*) L. 2, ad exhib. (X, 4), L. 22, 246, pr. de V. S. (L. 16), L. 3, § 8, de tab. exhib. (XLIII, 5).

(*d*) Appendice XIV, num. XX.

(*e*) Ainsi la stipulation : rem meam mihi *restitui* était valable (L. 82, pr., § 1, de V. O. (XLV, 1); au contraire, la stipulation : rem meam mihi *dari* n'était pas valable. Appendice XIV, num. V, *i*.

même à des cas où le demandeur ne réclame pas la détention d'un objet, mais le rétablissement en fait d'un certain état de choses, comme, par exemple, dans l'interdit *quod vi* (§ 223, note *n*).

Cette expression s'applique sans exceptions aux *in rem actiones* fondées sur les droits réels. Ici, en général, la restitution s'opère effectivement, car en général le propriétaire qui revendique une chose la possédait auparavant. Néanmoins cela n'a pas toujours lieu. Ainsi, le légataire qui réclame son legs à l'héritier n'en a pas eu la possession; j'en dis autant du créancier qui exerce l'*hypothecaria actio* en vertu d'un simple contrat de gage. Ici la réunion de la possession au droit réel est considérée en soi comme une restitution, et voilà pourquoi une *arbitraria formula* est toujours applicable à ces actions.

L'expression *restituere,* comme condition d'une *arbitraria formula,* s'emploie avec une exactitude plus rigoureuse pour les actions personnelles. L'*actio commodati, depositi, pigneratitia,* ont réellement pour objet la restitution d'une chose à l'ancien propriétaire, comme aussi l'*actio locati,* quand le propriétaire veut se faire rendre la chose louée. Si l'*actio doli* et *quod metus causa* ne tendent pas toujours à nous faire recouvrer la possession d'une chose déterminée, elles ont

toujours pour but le rétablissement de nos biens dans leur intégrité; c'est pourquoi une *arbitraria formula* est toujours applicable à ces diverses actions personnelles. — Il ne peut être question d'une restitution proprement dite (*f*) pour les actions résultant des contrats dont la fin n'est pas de rétablir un état de choses antérieur, mais d'en créer un nouveau, telles que l'*actio emti, venditi*, et plusieurs autres semblables; aussi ne leur applique-t-on jamais une *arbitraria formula*.

La distinction rigoureuse que je viens d'établir n'est reconnue directement nulle part dans les sources du droit, ni au sujet de l'expression technique *restituere*, qui recevait diverses acceptions (note *f*), ni au sujet de l'*arbitraira formula* dont aucun texte ne pose les limites, ainsi

(*f*) Je ne prétends pas que les Romains eux-mêmes aient toujours employé avec une exactitude rigoureuse l'expression *restituere*, car on la voit quelquefois appliquée aux prestations de l'acheteur, du vendeur, etc., sans qu'il y ait la moindre trace de restitution. L. 13, § 18, de act. emti. (XIX, 1), L. 8, 12, C. eod. (IV, 49), L. 14, § 9, de servo corr. (XI, 3), L. 8, § 10, mandati (XVII, 1). — Quand, au sujet d'un fidéicommis, on parle de la *restitutio hereditatis*, ou *rerum singularum*, l'expression est plus exacte, car il y a effectivement une restitution, non par rapport à l'appelé, mais par rapport à l'héritier, qui restitue la succession ou la chose déterminée dont il a été passagèrement détenteur. Dans cette circonstance, la locution est donc régulière et technique. Ulpian. XX, § 5. Gajus, II, § 184, 250, 254, 260, et beaucoup d'autres textes.

que je l'ai fait. Mais la réalité de cette délimitation n'est pas douteuse, car elle sert de règle pour l'admission du *jusjurandum in litem* (g), et, d'un autre côté, le lien de dépendance qui existe entre ce serment et l'*arbitraria formula* est également certain (h).

§ CCXXIII. *Division des actions. Arbitrariæ actiones.* (Suite.)

Après avoir posé la règle qui détermine l'application d'une *arbitraria formula*, il me reste à énumérer les diverses actions auxquelles ce nom est expressément donné dans les sources du droit.

Le texte des Institutes déjà cité (§ 221) donne les exemples suivants, dont plusieurs sont confirmés par le Digeste. In rem : la Publiciana,

(g) Le serment est admis pour l'actio depositi, commodati, locati, tutelæ, dotis, doli, metus, interd. de vi. L. 3, de in lit. jur. (XII, 3), L. 3, § 2, commod. (XII, 6), L 48, § 1, loc. (XIX, 2), L. 7, pr., de admin. (XXVI, 7), L. 25, § 1, sol. matr. (XXIV, 3), L. 18, pr. de dolo (IV, 3), L. 9, C. unde vi. (VIII, 4). — Le serment n'est pas admis pour l'actio emti venditi. L. 4, C. de act. emt. (IV, 49), L. 19, de peric. (XVIII, 6), ni pour l'actio depositi contraria. L. 5, pr. depos. (XVI, 3).

(h) Cf. § 221, e. — Si la prestation du vendeur était une restitution véritable et proprement dite, d'après la décision formelle de la L. 68, de R. V. (§ 222, b), on aurait contre lui le serment *in litem;* et on ne l'a certainement pas (note g).

Serviana, quasi Serviana (*a*). In personam : quod metus causa (*b*), doli (*c*), de eo quod certo loco (*d*), ad exhibendum (*e*). Toutes ces actions sont prétoriennes.

D'après d'autres témoignages, nous pouvons ajouter à cette liste des actions arbitrariæ :

1) La rei vindicatio, c'est-à-dire la petitoria formula (*f*), que pouvait choisir le demandeur au lieu d'agir *per sponsionem*. On peut s'étonner de ne pas voir citer comme exemple, dans les Institutes, cette action qui sert de centre à plusieurs autres. Peut-être l'aura-t-on omise, parce que l'ancien jurisconsulte auquel ce texte est emprunté lui donnait la dénomination de *petitoria formula*, dénomination tombée en désuétude et que l'on voulait éviter.

2) Hereditatis petitio (*g*).

3) Confessoria actio (*h*).

4) Finium regundorum (*i*).

5) Faviana (*k*).

(*a*) Cf. L. 16, § 3, L. 21, § 3, de pign. (XX, 1).

(*b*) L. 14, § 4, 11, quod metus (IV, 2).

(*c*) L. 18, pr. § 1, de dolo (IV, 3).

(*d*) L. 2, pr. L. 3, 4, de eo quod certo loco (XIII, 4).

(*e*) Cf. § 221, *e*, § 222, *b*. — L. 3, § 2, ad exhib. (X, 4).

(*f*) Cicero in Verrem, II, C. XII, L. 68, L. 35, § 1, de R. V. (VI, 1) L. 41, § 1, de re jud. (XLII, 1).

(*g*) L. 10, § 1, L. 57, de her. pet. (V, 3).

(*h*) L. 7, si serv. (VIII, 5).

(*i*) L. 4, § 3, fin. reg. (X, 1), § 6, J. de off. jud. (IV, 17).

(*k*) L. 5, § 1, si quid in fraud. patr. (XXXVIII, 5).

6) Depositi actio (*l*).

7) Redhibitoria actio (*m*).

8) Les interdits tendant à une restitution ou à une exhibition, pourvu que le défendeur eût choisi cette forme de procédure, et eût adressé sa demande au préteur en temps utile (*n*).

Presque toutes ces actions ont pour objet une restitution ou une exhibition, et confirment ainsi la règle posée plus haut. Une seule peut soulever des doutes, et c'est précisément celle que les sources du droit désignent le plus souvent et en termes exprès comme arbitraire, je veux dire l'*actio de eo quod certo loco* (note *d*), qui est une action prétorienne (*o*). Elle n'a point pour objet

(*l*) Cf. § 216, *t*. — Cela semble en contradiction avec la L. 7, pr. de eo quod certo loco (XIII, 4). « In bonæ fidei judiciis.... « ex emto, vel vendito, *vel depositi* actio competit, *non arbi-« traria actio.* » Mais ces derniers mots ne refusent pas une *arbitraria actio* en général, ce qui en dénierait le nom et le caractère à la *depositi actio;* ils refusent seulement une *arbitraria actio* déterminée, celle de l'actio de eo quod certo loco, spécialement introduite par le préteur.

(*m*) L. 45, de ædil. ed. (XXI, 1).

(*n*) Gajus IV, § 141, 163, 164, 165. — On ne doit pas ranger parmi les actions arbitraires l'*actio adv. publicanos,* car si la restitution libérait de la *pœna dupli* (L. 1, pr. de public. XXXIX, 4), l'édit lui-même n'entendait par là qu'une restitution *ante* judicium acceptum (L. 5, pr. eod.), et dès lors il ne pouvait y avoir lieu à un *arbitrium* avant le jugement (Cf. note *t*).

(*o*) L. 1, de eo quod certo loco (XIII, 4) : « ideo visum est, « *utilem actionem* in eam rem comparare. » Heffter, Observ. in Gajum, lib. 4, p. 83, entend par là une *utilis actio* propre-

une restitution ou une exhibition, mais l'exécution d'une stipulation dans un lieu autre que celui désigné par le contrat. Le moyen d'échapper à cette action, indiqué au défendeur par l'*arbiter*, est de fournir une caution, comme garantie, contre l'exécution littérale de la stipulation (*p*); le préjudice qu'entraîne le défaut d'exécution, consiste en dommages-intérêts quelquefois très-élevés, et même indirects, que peut fixer le jugement (*q*). Ici donc, nous voyons une forme de procédure établie dans un but tout différent, servir à combattre efficacement la mauvaise foi d'un débiteur qui cherche dans la lettre du droit le moyen de violer ses engagements.

Si maintenant nous revenons à notre texte des Institutes, le seul qui traite spécialement de la nature des actions arbitraires (§ 221), nous aurons encore à expliquer ces mots : nisi... satisfaciat, *veluti rem restituat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat*. Les deux premières expressions confirment directement la doctrine que j'expose. Le mot *solvat* ne doit pas être pris dans toute sa généralité, et ainsi appliqué au payement d'un acheteur, etc. Il faut le rapporter

ment dite; en d'autres termes, une action fictive; ce qui ne ressort pas nécessairement de notre texte. Elle pouvait être simplement *in factum concepta*, et être appelée *utilis*, à cause de l'extension donnée à l'action originaire.

(*p*) L. 4, § 1, de eo quod certo loco (XIII, 4).

(*q*) L. 2, § 8, de eo quod certo loco (XIII, 4).

à l'*action de eo quod certo loco;* puis aux cas d'une *actio commodati*, etc., où la restitution en nature est devenue impossible, parce que la négligence du défendeur a laissé voler ou endommager la chose, comme aussi à la *hypothecaria actio*, que le demandeur peut écarter non-seulement par la restitution de la chose, mais encore par le payement de la dette (*r*). — Enfin, la *noxalis causa* se rapporte à l'*actio doli* ou *quod metus causa*, résultant du fait d'un esclave, car le maître attaqué peut, au lieu de réparer le dommage, se libérer entièrement par la simple *noxæ datio* (*s*).

Si, pour terminer, nous conférons les actions arbitraires avec le tableau général des actions dressé plus haut (§ 218), nous aurons les résultats suivants :

Les condictions et les actions civiles fondées sur des délits ne sont jamais arbitraires, parce que ce sont des actions rigoureuses.

Toutes les *in rem actiones* civiles, ayant pour objet une restitution, sont arbitraires (*t*).

(*r*) L. 16, § 3, de pign. (XX, 1).

(*s*) La *causa noxalis*, dont je parle ici, doit donc s'entendre d'une action déjà *arbitraria* en soi, qui, dans un cas particulier, est exercée comme *noxalis*. La possibilité de la *noxæ datio* ne rendait pas arbitraire toute action noxale; ainsi, par exemple, l'*actio furti noxalis* est un *judicium*, et par cela seul n'est pas arbitraire (§ 222).

(*t*) Telles sont la *rei vindicatio*, la *hereditatis petitio*, la

Les *bonæ fidei actiones*, et toutes les actions prétoriennes, sont arbitraires, quand elles ont pour objet une restitution ou une exhibition, et ainsi pour ces deux classes d'actions le caractère d'arbitraire dépend du contenu particulier de chacune d'elles. Jusqu'ici on a souvent mis en doute que les *b. f. actiones* pussent revêtir ce caractère; mais nous en avons la preuve directe dans les témoignages relatifs à la *hereditatis petitio* et à la *depositi actio :* toutes deux étaient des *b. f. actiones,* et toutes deux étaient en même temps *arbitrariæ* (notes *g*, *l*).

Les sectes des anciens jurisconsultes étaient divisées sur la question de savoir si, dans toutes les actions, le défendeur, même après la *litiscontestatio,* pouvait se libérer par l'exécution volontaire. Les Sabiniens soutenaient l'affirmative et l'exprimaient par cette règle: omnia judicia esse absolutoria. Les Proculéiens n'admettaient ce principe que pour certaines actions, probablement celles que j'ai désignées comme libres. Justinien adopta la doctrine des Sabiniens (*u*). — D'après

confessoria. Comme, au contraire, le *liberale judicium* ne pouvait jamais donner lieu à aucune restitution, il n'était point arbitraire.

(*u*) Gajus, IV, § 114 (dont nous n'avons qu'une partie), § 2, J. de perpetuis (IV, 12). — On trouve des traces de la doctrine des Proculéiens, dans la L. 84, de V. O. (XLV, 1), qui n'a été insérée au Digeste que par inadvertance. La L. 5, pr. de publicanis (XXXIX, 4), s'explique également par cette controverse

cela, il ne faudrait pas croire que, dans l'opinion des Sabiniens, toutes les actions fussent arbitraires. Eux aussi reconnaissaient que le signe caractéristique des actions arbitraires était une prestation déterminée imposée au défendeur par l'*arbiter*, avec menace, en cas de désobéissance, de procéder au jugement. Quelle que fût, d'ailleurs, la nature de l'action, le défendeur pouvait sans doute prévenir le jugement par l'exécution volontaire; mais cela devait arriver rarement, car le défendeur pouvait toujours se laisser abuser par l'espoir d'être renvoyé de la demande, tandis que si l'action était arbitraire, l'inexécution de la prestation entraînait inévitablement la condamnation prononcée d'avance par l'*arbiter*.

§ CCXXIV. *Division des actions. Application au droit actuel.*

Les espèces d'actions dont je viens d'exposer les contrastes sont de différentes natures (§ 206); quelques-unes tiennent immédiatement aux rapports de droit qui leur servent de base, elles nous aident à les étudier dans leur essence, elles ont donc conservé tout leur intérêt pour le droit actuel (§ 206-212); d'autres ont un caractère pu-

entre les deux sectes des jurisconsultes; on sait que Gajus était Sabinien

rement historique. Devenues étrangères au droit moderne, ou n'y figurant plus que comme nomenclature, elles n'offrent pas même l'apparence d'un intérêt pratique (§ 213-217). D'autres enfin, et précisément les plus difficiles, ont une base tout à fait historique, détruite en grande partie par le temps; mais il s'y rattache dans les sources du droit moderne des conséquences pratiques, tout au moins nominales, fort importantes. Ce sont les *actiones stricti juris* (*condictiones* (*bonæ fidei, arbitrariæ* (§ 218-223). Déterminer leur signification en droit actuel, tel est l'objet de la présente recherche.

Je commence par les condictions et les *b. f. actiones*. La base entièrement historique de ce contraste n'existait déjà plus en droit Justinien. Tous les jugements étaient depuis longtemps prononcés par des fonctionnaires publics; dès lors, il n'y avait plus de distinction à faire entre les pouvoirs du *judex* et ceux de l'*arbiter*, ni de *formula* dont la rédaction pût varier. Mais, à ce contraste historique, à cette forme tombée en désuétude, se rattachaient dés distinctions toutes pratiques conservées en grande partie par le droit Justinien. Sans doute, nous n'y voyons plus un des traits essentiels des condictions, la *sponsio tertiæ partis*, pour la *certi condictio*, mais nous en retrouvons d'autres non moins essentiels. Justinien ne pouvait regarder

comme aboli le principe fondamental des *b. f. actiones,* puisque lui-même croit nécessaire d'attribuer expressément ce caractère à plusieurs actions, telles que la *hereditatis petitio* et l'*actio ex stipulatu* substituée par lui à l'ancienne *rei uxoriæ actio.* (Appendice XIII, num. IX, XII.)

Je passe à l'examen de l'état actuel du droit. Cette distinction doit y avoir, dans tous les cas, une application beaucoup plus restreinte, puisque la plupart des matières qui en faisaient l'objet n'existent plus. L'*expensilatio* était tombée en désuétude longtemps avant Justinien, et nous ne reconnaissons plus la stipulation comme base des *stricti juris actiones.* De là, il résulterait que cette distinction pratique est restreinte, mais non pas abolie.

Suivant moi, toute espèce de distinction, celles mêmes établies par le droit Justinien, n'existe plus aujourd'hui, et partout où le droit romain met une différence entre les actions rigoureuses et les actions libres, nous devons appliquer exclusivement le principe des actions libres, c'est-à-dire des *bonæ fidei actiones.* Je vais maintenant justifier cette innovation importante introduite par le droit coutumier général.

Il n'y a point là, à vrai dire, de pensée nouvelle étrangère au droit romain, mais le dernier terme d'une tendance existant déjà dans l'ancien droit, et fortement prononcée dans la législation

justinienne. On chercha par différents moyens à donner plus de latitude au principe des actions libres (*a*); la compensation, restreinte dans l'origine aux *b. f. actiones*, étendue d'abord aux condictions, puis à toutes les actions en général, n'est qu'une application particulière de ce développement du droit (*b*). L'ancien système des actions ne trouva d'appui solide que dans l'usage plus étendu de la stipulation encore visible en droit Justinien. La stipulation une fois abandonnée, rien ne motivait plus la conservation de ce système, et les traces isolées de l'ancienne distinction que l'on rencontre dans les sources du droit sont des dispositions arbitraires et inconséquentes.

Pour établir le fait de ce changement, on peut s'en rapporter sûrement aux convictions de ceux qui connaissent le droit, non en théorie, mais par la pratique des affaires. On leur ferait difficilement comprendre qu'une dette résultant d'un prêt ou d'un payement fait par erreur, a une tout autre nature que la dette résultant d'une vente ou d'un contrat de louage; avant de saisir cette distinction, il leur faudrait suivre un cours de droit romain. — La chose deviendra plus évidente encore par la comparaison de l'acte juri-

(*a*) Voy. § 220, et Appendice XIII, num. XX.
(*b*) Appendice XIII, num. IV.

dique moderne qui a tout à fait la nature d'un contrat *stricti juris*, chez les Romains, je veux dire la lettre de change; ici chacun sait qu'une pareille dette a un caractère et des effets bien différents de ceux de tous les contrats mentionnés plus haut, tandis qu'entre tous ces contrats il ne voit aucune différence. — Voici, en outre, une circonstance très-grave : pour qu'une règle de droit subsiste, la première condition est qu'elle soit connue; or la distinction des *stricti juris* et des *b. f. actiones* était une matière fort obscure, et elle n'a été éclaircie que par la découverte accidentelle et très-récente des Institutes de Gajus.

Une loi de l'Empire nous fournit une preuve irrésistible de ce changement. La distinction pratique la plus précise entre les deux espèces d'actions que l'on pourrait considérer comme subsistant encore, est celle relative aux intérêts moratoires non exigibles, dans le cas d'un prêt, ou de la *condictio indebiti*, mais exigibles en vertu de l'*actio venditi, locati*, etc. (*c*). Maintenant, le recez impérial de 1600 porte, § 139, que, d'après une présomption générale, tout créancier d'une somme prêtée est en droit d'exiger cinq pour cent d'intérêts, à moins de fournir la preuve que l'usage des lieux fixe un intérêt plus élevé. On se tromperait beaucoup si l'on croyait que

(*c*) Appendice XIII, num. III.

cette loi est venue abolir la règle contraire du droit romain jusque-là en vigueur. Cette loi implique tacitement qu'en droit actuel tous les contrats sont *bonæ fidei,* et elle ne fait que faciliter par une présomption générale la preuve des usages locaux. Refuser les intérêts dans le cas de la *condictio indebiti,* appliquer au prêt ou à la *condictio indebiti* une règle quelconque du droit romain spéciale aux *str. j. actiones,* ce serait établir des distinctions purement arbitraires.

Aussi, la plupart des auteurs modernes s'accordent-ils pour reconnaître ce changement (*d*). Quoique les motifs donnés par plusieurs d'entre eux ne soient nullement satisfaisants (*e*), leur témoignage n'en est pas moins décisif quant au fait du changement lui-même, et de la jurisprudence conforme des tribunaux. Le dissentiment partiel de quelques auteurs repose sur des mé-

(*d*) Höpfner, Commentar. § 1135. Glück, Vol. IV, § 310. Thibault, § 71, 8ᵉ éd. Mühlenbruch, Vol. II, § 329, et les anciens auteurs qu'ils citent.

(*e*) Höpfner et Glück (note *d*) prétendent que la distinction repose sur les contrats par formules aujourd'hui abolis, et ils établissent ainsi le principe absolument faux, que les Romains n'avaient la *stricti juris actio* que pour la stipulation. Or, le prêt et l'*indebitum solutum* ne sont pas des contrats par formules, ils sont encore maintenant d'une application journalière, et ils engendraient chez les Romains des *stricti juris actiones,* aussi bien que la stipulation. L'abolition des *stricti juris actiones* ne s'explique donc nullement par la disparition des seuls cas auxquels ces actions s'appliquaient chez les Romains.

prises, et eux-mêmes ne lui donneraient certainement pas la généralité qu'on pourrait lui attribuer (*f*). — Je ne dois pas oublier de mentionner ici une application particulière de l'ancienne distinction. Un rescrit de Caracalla porte que la *condictio indebiti* donne droit au payement de la somme, et jamais à des intérêts (*g*), évidemment par suite de la nature rigoureuse des condictions, et par opposition aux *b. f. actiones*, qui donnent droit aux intérêts *à partir de la mora.* Mais *antérieurement à la mora,* depuis l'époque où la somme a été payée, les intérêts ne sont pas dus c'est une chose toute simple et qui s'entend de soi-même. Les auteurs modernes sont divisés sur la question de savoir si cette disposition du droit romain est encore applicable aujourd'hui. Plusieurs soutiennent l'affirmative,

(*f*) Schröter, dans Linde's Zeitschrift, Vol. VII, p. 389-392, prétend que l'ancienne dictinction subsiste toujours pour le serment *in litem*. Le côté vrai de cette opinion, c'est-à-dire, l'inadmissibilité du serment dans nombre de cas, ne tient pas à leur nature de *stricti juris*, mais bien à l'absence des autres conditions requises pour que le serment soit admissible. Cf. § 221-222. — Liebe, Stipulation, p. 93, prétend que la simple promesse du droit actuel (*nudum pactum*), est encore aujourd'hui *stricti juris,* parce que, comme la stipulation romaine, elle a une validité purement de forme par opposition aux contrats réels. Ce n'est pas là qu'il faut chercher l'explication de la nature du *stricti juris* dans la stipulation.

(*g*) L. 1, C. de cond. indeb. (IV, 5).

mais en exceptant la *mora* (*h*); ce qui équivaut à la négative, car la disposition n'a rien de spécial que pour la *mora*. Des idées aussi confuses n'ont pu engendrer une pratique uniforme, et quand même elle existerait, nous devrions récuser son autorité, puisqu'elle aurait pour base non la reconnaissance d'un besoin nouveau, mais des idées scientifiques erronées (§ 20).

Il résulte de cette recherche que la distinction des condictions et des *b. f. actiones* a perdu tout intérêt pratique, et n'a plus d'importance que pour l'histoire du droit, et comme nomenclature pour l'intelligence des sources. C'est donc à ce point de vue purement théorique que nous cherchons dans quels cas il y a lieu d'exercer une condiction ou une autre action, de même que nous essayons de déterminer le nom individuel de l'action applicable à un cas donné.

Après avoir reconnu que cette division des actions a perdu pour nous sa signification pratique, on peut se demander si le droit actuel n'éprouve pas ainsi une perte essentielle et qu'il faille regretter. Ceux qui auraient admis l'explication rationnelle de cette division que j'ai essayé de donner plus haut (§ 219), pourraient être portés à le croire. Sans doute, je cherchais moins à établir l'utilité ou la nécessité de cette

(*h*) Glück, Vol. XIII, § 835.

division, qu'à en montrer l'origine et la filiation des idées adoptées par les Romains en cette matière. Les obligations apparaissent aux Romains comme formant deux grandes familles. Ils donnent à cette pensée une importance pratique par l'institution de deux espèces de juges avec des attributions différentes; ils lui donnent de l'individualité et de la stabilité par la création de formules d'actions rigoureusement déterminées (*i*). Cette organisation subsiste pendant plusieurs siècles, immuable dans ses parties essentielles, peu à peu modifiée par de nouveaux besoins. Mais le principe rigoureux de la distinction des obligations s'affaiblissait avec le temps; des obligations qui, autrefois, semblaient de nature différente, furent rangées dans une seule et même catégorie (*k*). Le changement radical apporté à l'organisation judiciaire, en concentrant toutes les fonctions du juge dans les mains du magis-

(*i*) On touchait à un extrême, celui de l'incorporation individuelle, qui, dans la pratique, pouvait avoir quelquefois des inconvénients. L'autre extrême, beaucoup plus dangereux, est celui consacré par l'ordonnance générale sur les tribunaux en Prusse. Voy. plus bas, note *u*.

(*k*) Plusieurs analogies remarquables font ressortir cette tendance. Ainsi le *in bonis* était devenu une seconde espèce de *dominium;* la *bonorum possessio* une seconde espèce d'*hereditas;* et ce n'était dans l'origine que des expédients imaginés pour suppléer dans la pratique à l'insuffisance des anciennes institutions.

trat, enleva à cette institution toute valeur pratique; et ce que nous en voyons dans la législation justinienne, n'est que l'ombre de sa grandeur et de sa simplicité primitive. Cette ombre même n'existe plus dans le droit moderne, et l'on chercherait vainement à ressusciter une lettre morte. On ne peut donc pas dire, dans le sens ordinaire du mot, que nous ayons rien perdu de regrettable, et qu'il soit bon de rétablir. Mais ici nous retrouvons ce que nous avons eu plus d'une fois occasion d'admirer, l'habileté des Romains à imprimer un caractère d'individualité et une durée presque impérissable aux matières si variées du droit fournies par la vie réelle. Voilà ce que nous devons étudier, si la routine des affaires ne nous en a pas ôté l'aptitude; et pour apprécier la nécessité de cette étude, il suffit de jeter un coup d'œil sur la législation et la pratique actuelle.

Les *arbitrariæ actiones* nous offrent le même résultat. Leur principal avantage, celui d'une contrainte indirecte pour obtenir la restitution en nature (§ 221), n'existait déjà plus du temps de Justinien, puisqu'on pouvait obtenir cette restitution par voie d'exécution directe. L'exécution volontaire offerte comme moyen d'éviter le préjudice plus considérable d'une condamnation, pourrait encore se concevoir aujourd'hui; mais ce préliminaire est certainement tout à fait étranger à notre procédure actuelle. Peut-être même

était-il déjà abandonné du temps de Justinien, et le § 31, J. de act., où il se trouve mentionné, serait alors un texte d'un ancien jurisconsulte transcrit par inadvertance. De l'ancien droit relatif aux *arbitrariæ actiones*, il ne reste plus que le serment *in litem* comme privilége spécial du demandeur; mais ce serment, dénié autrefois quand l'action était *stricti juris* (§ 222), doit être accordé aujourd'hui toutes les fois qu'il s'agit d'obtenir une restitution, parce que nous n'avons plus d'actions rigoureuses. Ainsi, quand une chose autre qu'une somme d'argent a été livrée sans être due, il y a lieu de déférer au propriétaire qui la réclame le serment *in litem*. Mais on aurait tort de désigner comme *arbitrariæ* les actions où ce serment est admissible.

Peut-être me blâmera-t-on d'avoir traité si longuement une matière que je reconnais, avec la plupart des auteurs, avoir perdu son application en droit actuel. Mais cet accord des auteurs ne doit nullement nous rassurer sur l'influence fâcheuse des fausses doctrines adoptées en cette matière. Il suffit de voir combien l'exposition de Höpfner (*l*) est inexacte et confuse, pour se convaincre que les erreurs pratiques les plus graves peuvent croître et prospérer sur un pareil sol; et cela ne doit pas être attribué au

(*l*) Höpfner, Commentar. § 1128-1134.

défaut d'habileté de l'auteur, car il se distingue, au contraire, par la clarté des idées et le talent d'exposition. Glück, tout en reconnaissant que cette matière a perdu son application, traite sérieusement la *condictio triticaria* comme une institution encore en vigueur, dont il détermine longuement les conditions et les effets (*m*); il eût sans doute accordé le même honneur à la *certi* et à la *incerti condictio*, si leur nom se fût trouvé par hasard inscrit en tête d'un titre du Digeste. Gans affirme qu'on ne peut exposer d'une manière satisfaisante le droit des obligations actuel, sans lui donner pour base le système des actions romaines, et il insiste sur cette nécessité (*n*). Enfin, les exemples particuliers cités plus haut (note *f*) nous montrent combien peu la doctrine adoptée par la majorité des auteurs est à l'abri de nouvelles attaques, et l'on continuera de soutenir que l'ancien système des actions subsiste encore tant qu'une recherche complète et approfondie n'aura point réuni et fixé les opinions. Ai-je atteint ce but? Cela sans doute est fort contestable; mais je crois, du moins, avoir justifié la discussion.

Nous devons cependant faire encore un pas,

(*m*) Glück, XIII, p. 843, 844, et surtout p. 298.

(*n*) Gans, Obligationenrecht, p. 7, 9, 42, 132. — Plus tard, il a changé d'opinion sur ce point : System des Römischen Civilrechts im Grundrisse, Berlin, 1827, p. 226.

et assigner à la présente recherche une certaine valeur non-seulement pour la théorie du droit, mais pour son application à la vie réelle. L'étude des condictions et des autres espèces d'actions se rattache à la détermination et à la caractérisation de chaque action particulière, auxquelles ces classifications servent de base. Cela nous reporte à l'assertion partout reproduite, que, dans la procédure actuelle, l'omission ou la fausse désignation du nom de l'action est chose indifférente, pourvu que les actes et les allégations des parties ne laissent aucun doute sur la nature même de l'action (*o*). Cela est vrai, sans aucune restriction pour le droit actuel, et dans de certaines limites pour l'ancien droit romain. Dans la procédure par formules, on ne nommait pas l'action, on donnait seulement une *formula* (*p*); et celle-ci était souvent tellement générale, qu'elle ne contenait pas le nom individuel de l'action (*q*).

(*o*) Cocceji jus controv., II, 13, qu. 3. Weber, Beiträge, p. 6. — Plusieurs tribunaux ont tellement exagéré cette doctrine, que, suivant eux, le juge devrait garantir aux parties les avantages résultant des faits établis, même contre la volonté, c'est-à-dire, contre la demande des parties. Cannegiesser, Dec, Hasso-Cassell., T. I, p. 307, 507, 572. Gönner, Handbuch, Vol. I, num. X, § 11, s'élève avec raison contre cette doctrine.

(*p*) Dans la formule : Si paret, fundum Agerii esse, la *rei vindicatio* n'est pas nommée, non plus que la *condictio* dans la formule : Si paret centum dari oportere. C'étaient là de simples désignations théoriques.

(*q*) Appendice XIV, num. XXXII-XXXIII.

Depuis l'abolition des *ordinaria judicia*, sans doute il ne fut plus question de *formula*. Mais le juge appelé à prononcer est dans une position toute différente. S'il se contente de chercher en général laquelle des parties a tort ou raison, il court risque de se perdre dans le vague et l'indétermination. S'il veut individualiser les prétentions opposées, en droit romain, la nomenclature des actions lui est indispensable, car cette nomenclature est au système du droit pratique à peu près ce que la grammaire est à la langue. Tous ceux qui ont la pratique des affaires savent par expérience combien cette nomenclature donne de précision et de certitude à l'appréciation des rapports de droit (*r*). — Plusieurs auteurs modernes ont reconnu cette vérité (*s*); d'autres au contraire, en déclarant la nomenclature indifférente, nous dispensent des recherches historiques; mais ils nous enlèvent les fruits vraiment précieux qu'elle nous offre pour la pratique du droit.

Pour établir que le nom des actions n'a aucun intérêt pratique, on cite sans nécessité un texte de droit canon où cette règle est établie, mais dans des termes qui prouvent que son au-

(*r*) Cf. Vol. I, § 20, p. 89.

(*s*) Cocceji jus controv., II, 13, qu. 3. « Obj. 2 : Quod actionum nomina frustra essent inventa. Resp. *Imo manet eorum usus ad rite discernanda negotia*. »

teur n'avait pas bien saisi la distinction dont je parle, et qui dès lors devaient favoriser l'erreur contre laquelle je m'élève ici (*t*). J'en dis autant de la loi prussienne sur la procédure, qui avertit de ne point s'attacher trop scrupuleusement à la nomenclature du droit romain (*u*); l'avertissement ne pouvait manquer d'être suivi, puisque le Code civil, publié à la même époque, n'admet pas cette nomenclature. Les conséquences fâcheuses de ce changement se sont plus tard révélées dans la pratique.

§ CCXXV. *Moyens de défense du défendeur. Introduction. Duplex actio.*

On a vu comment la violation d'un droit engendre un droit d'action, et les diverses insti-

(*t*) C. 6, X, de jud. (II, 1). « Provideatis attentius, ne ita « subtiliter, sicut a multis fieri solet, *cujusmodi actio intentetur,* « *inquiratis*, sed simpliciter et pure factum ipsum et rei verita- « tem.... investigare curetis. » Ici on avertit le juge de ne pas chercher à baser sa décision sur une recherche théorique. Une semblable recherche peut très-bien se concilier avec l'examen attentif des faits, qui lui est ensuite très-sagement recommandé.

(*u*) Ordonnance générale pour les tribunaux, Th. I, Tit. V, § 20. « Vous ne devez pas vous laisser lier étroitement par les « *genera et formulas actionum* tirées de l'ancien droit romain « et établies par les commentateurs; ainsi, vous ne devez pas re- « jeter un fait allégué, ou vous dispenser de l'examiner, parce « qu'il ne semble pas rentrer dans telle ou telle espèce d'actions. » Il importe peu que le fait rentre dans *telle* ou *telle* espèce d'ac-

tutions auxquelles cette transformation sert de base. Mais comme, dans la vie réelle, tout droit d'action nous apparaît comme l'affirmation d'un individu, et que cette affirmation peut être vraie ou fausse; vis-à-vis de l'action se place la défense, et ce contraste est susceptible de développements ultérieurs.

Le rapport que je viens de décrire conserve ordinairement sa simplicité. Ainsi, nous voyons un demandeur en présence d'un défendeur, et chacun soutient son rôle pendant tout le cours du procès. Il y a néanmoins un petit nombre de cas exceptionnels, où chacune des parties réunit ces deux qualités, de sorte qu'en agissant comme demandeur, elle peut être condamnée comme défendeur. Ces actions s'appellent *duplices actiones*, *duplicia judicia*, et, quand ce sont des interdits, *duplicia interdicta* (*a*); nous les voyons aussi appelées une fois *mixtæ actiones* (*b*). Voici les cas désignés nommément

tions; mais, s'il ne rentre dans aucune, c'est alors la preuve que le fait ne constitue aucun droit véritable, quoique le juge, par un sentiment confus d'équité, puisse être porté à décider autrement.

(*a*) Savigny, Recht des Besitzes, § 37. L'expression *duplex* a en outre un sens tout différent, celui d'un interdit tantôt *adipiscendæ*, tantôt *recuperandæ possessionis*. Ulpiani fragm. de interdictis, L. 2, § 3, de interdictis (XLIII, 1). Savigny, p. 481, 6[e] éd.

(*b*) L. 37, § 1, de O. et A. (XLIV, 7).

comme tels dans les sources du droit. D'abord, les trois actions dites en partages : *communi dividundo, familiæ herciscundæ, finium regundorum* (*c*). Puis les deux *interdicta retinendæ possessionis, uti possidetis* et *utrubi* (*d*). Ainsi, dans toutes ces actions, chacune des parties peut être condamnée, tandis que, ordinairement, le défendeur seul peut être condamné, et le demandeur peut tout au plus voir rejeter sa demande. Mais même dans ces actions exceptionnelles, il importe de distinguer le demandeur du défendeur, notamment quand il s'agit d'une preuve à administrer : on considère alors comme demandeur celui qui se présente le premier devant le juge, et si tous deux se sont présentés en même temps, le sort décide la question (*e*).

Revenons maintenant au cas le plus simple et

(*c*) L. 2, § 1, comm. div. (X, 3), L. 2, § 3, L. 44, § 4, fam. her. (X, 2), L. 10, fin. reg. (X, 1), L. 37, § 1, de O. et A. (XLIV, 7).

(*d*) Gajus, IV, § 160, § 7, J. de interd. (IV, 15), L. 2, pr. de interd. (XLIII, 1), L. 3, § 1, uti poss. (XLIII, 17), L. 37, § 1, de O. et A. (XLIV, 7).

(*e*) L. 13, 14, de jud. (V, 1), L. 2, § 1, comm. div. (X, 3). — Il en est de même des *præjudicia*, où la qualité de demandeur n'a aucune influence sur la décision, et où l'on détermine le demandeur d'après la même règle. L. 12, de exc. (XLIV, 1). La seule différence est que, dans les *duplices actiones*, les deux parties peuvent être condamnées, tandis qu'aucune d'elles ne peut l'être dans les *præjudicia*; voilà pourquoi ceux-ci ne sont pas appelés *duplices actiones*.

le plus ordinaire, celui où un demandeur et un défendeur sont en présence, et voyons quel peut être le contenu de la défense et les variétés dont elle est susceptible.

Premièrement, le défendeur peut nier l'existence actuelle du droit allégué par le demandeur; *secondement*. il peut invoquer un autre droit, différent de celui du demandeur, et qui, sans détruire celui-ci, mette obstacle à l'action.

Le défendeur peut nier le droit du demandeur de deux manières : il peut prétendre que ce droit n'a jamais existé; il peut reconnaître que le droit a existé, mais prétendre que plus tard il a été anéanti. Pour établir entre ces deux cas une distinction claire et précise, je dirai que la négation du droit est *absolue* dans le premier cas, et *relative* dans le second.

Un des points les plus importants dans la pratique touchant la position respective du demandeur et du défendeur, est la charge de la preuve. Ce n'est pas ici le lieu convenable pour approfondir ce sujet; je me contenterai donc d'indiquer sommairement le rapport qui existe entre la charge de la preuve et les diverses espèces de défenses.

Nous avons reconnu qu'il y avait trois espèces de défenses possibles.

I. *Négation absolue*. Voici les exemples les plus simples : A celui qui revendique une chose,

on oppose que la tradition n'a pas eu lieu ; à celui qui réclame une créance, qu'il n'y a pas eu de contrat. — Dans la règle, la preuve est à la charge du demandeur.

II. *Négation relative*. Exemples : A la revendication on oppose que le demandeur a bien eu la propriété, mais l'a aliénée ; à la réclamation d'une créance on oppose le payement. — La preuve est à la charge du défendeur.

III. *Allégation d'un droit contraire à celui du demandeur*. Exemples : A une revendication, on oppose une exception résultant d'un *jus in re* (*f*) ou d'un contrat ; à la *publiciana*, on oppose l'*exceptio dominii* (*g*) ; à toute espèce d'actions, l'*exceptio rei judicatæ*. — La preuve est à la charge du défendeur.

La nature propre de ces trois classes de défenses possibles ressortira avec plus d'évidence des détails où je vais entrer.

La première classe (négation absolue) ne se montre pas toujours sous la forme purement *logique* d'une négation. En effet, lorsque l'action elle-même renferme comme condition un élément négatif, la négation de cet élément revêt la forme logique d'une affirmation, et la preuve

(*f*) L. 6, § 9, comm. div. (X, 3), L. 1, § 4, de superfic. (XIII, 18).

(*g*) L. 17, de public. (VI, 2).

n'en reste pas moins à la charge du demandeur. Ainsi la *condictio indebiti* a pour base la négation d'une dette ; sa contradiction absolue est l'affirmation d'une dette, mais le demandeur doit prouver que la dette n'existe pas.

Mais voici, touchant la nature véritable de cette première classe, une circonstance beaucoup plus importante. Un élément essentiel de toute action est l'existence seule des faits sur lesquels repose le droit contesté. La pertinence et la régularité de ces faits s'implique alors de soi-même ; si donc le défendeur leur donne ce caractère, il se trouve alors dans la même position que s'il prétendait l'extinction postérieure du droit (négation relative), et ici encore il doit prouver son allégation. Ce rapport a les applications les plus importantes et les plus étendues. Ainsi, à une action exercée en vertu d'un contrat, le défendeur oppose l'impuberté ou l'aliénation mentale de l'une des parties ; le défendeur avoue l'engagement pris, mais limité par une condition, par le temps, par le lieu, ou bien il prétend que l'engagement était alternatif ; le défendeur reconnaît l'existence d'une déclaration, mais il oppose l'absence de volonté (§ 134-138). Cette règle importante est fondée sur la supposition que l'acte extérieur de l'homme implique en principe sa capacité de vouloir, comme une déclaration de volonté implique la conformité

de cette déclaration à la volonté dont elle est le signe naturel (g^1).

La seconde classe (négation relative) a une nature ambiguë. Elle nous apparaît comme négation par rapport au *droit* allégué, puisque le défendeur conteste l'existence de ce droit, et comme affirmation par rapport au *fait* qui sert de base à l'action. Ainsi, d'un côté, elle a de l'affinité avec la première classe de défenses; de l'autre, avec la troisième classe. C'est certainement sous le premier aspect que le droit romain envisage la chose, et j'ai voulu exprimer ce rapport par la phraséologie que j'ai adoptée (*h*).

Sur la relation qui existe entre la troisième classe de défenses et les deux premières, j'ai à présenter les observations suivantes. Sa délimitation, c'est-à-dire la distinction des cas appartenant à l'un ou à l'autre domaine, a été en grande partie réglée par le droit positif : elle a donc un caractère historique; bien des choses pourraient y être autrement qu'elles ne le sont, et se sont trouvées changées lors de l'adoption du droit romain dans les États modernes. Ainsi, la défense

(g^1) Bethmann-Hollweg, Versuche über Prozesz, p. 349-360.

(*h*) La même différence existe pour plusieurs autres institutions de la procédure. Chez les Romains, au moins du temps des anciens jurisconsultes, le serment était déféré sur l'existence même des rapports de droit; aujourd'hui le serment n'est déféré que sur les faits servant de base aux rapports de droit.

motivée sur l'impuberté ou l'aliénation mentale d'une des parties contractantes appartient à la première classe; la défense motivée sur la violence ou la fraude appartient à la troisième. Si le défendeur prétend qu'une dette a été éteinte par une *acceptilatio* ou une novation, ou bien une servitude par le non usage, cela constitue une négation relative ou une défense de la seconde classe; s'il prétend que l'extinction du droit résulte d'un contrat non solennel, la défense rentre ordinairement dans la troisième classe. Le droit actuel ne reconnaît plus aucune différence entre ce dernier cas et celui de l'*acceptilatio* ou de la novation.

Quant au *caractère* pratique des défenses de la troisième classe, il diffère de celui des deux premières, non-seulement historiquement, mais dans son essence. En effet, dans les cas de la troisième classe, nous voyons en présence deux droits indépendants l'un de l'autre, et dont chacun peut avoir sa destinée particulière. Ainsi, le *jus in re* faisant la matière d'une exception contre une revendication peut lui-même s'éteindre; l'*exceptio rei judicatæ* contre l'action résultant d'une créance peut être annulée par un contrat (*i*). Quand, au contraire, on oppose à une re-

(*i*) C'est à de semblables cas que s'applique l'expression de la L. 95, § 2, de solut. (XLVI, 3) : « incipit obligatio civilis « auxilium exceptionis amittere. » — L. 27, § 2, de pactis (II,

vendication l'aliénation de la propriété, à l'action d'un créancier le payement de la créance, aucun événement postérieur, aucun contrat par exemple ne saurait modifier l'efficacité de ces actes juridiques; car, en général, ils ne laissent rien subsister qui soit susceptible d'un développement ultérieur. En pareils cas, le demandeur pourrait tout au plus acquérir une nouvelle créance; mais ces droits n'auraient aucune relation intime avec les droits de même nature qu'il a possédés à une autre époque (*k*). On ne doit pas perdre de vue que cette différence repose sur l'essence même des rapports de droit, et qu'ainsi elle n'a pas un caractère purement historique. Son application à des cas particuliers peut sans doute être réglée diversement par le droit positif, comme j'en ai déjà fait l'observation; mais l'impossibilité de faire revivre une chose réellement anéantie n'a point une nature

14) : « Pactus *ne peteret*, postea convenit *ut peteret* : prius « pactum per posterius elidetur.... et ideo replicatione exceptio « elidetur. »

(*k*) L. 27, § 2, de pactis (II, 14).... « Sed si pactum conventum « tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut injuriarum, « non poterit postea paciscendo *ut agere possit,* agere : quia « et prima actio sublata est, et posterius pactum ad actionem « parandam inefficax est : non enim ex pacto injuriarum actio « nascitur, sed ex contumelia. Idem dicemus et in b. f. contrac« tibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, « veluti empti : *non enim ex novo pacto prior obligatio resus« citatur, sed proficiet pactum ad novum contractum.* »

historique. Ce qui pourrait être pris pour une semblable résurrection est un rapport de droit tout à fait nouveau, quand bien même il aurait le même objet et la même valeur vénale que le droit anéanti, et pour les besoins de la vie réelle remplirait ainsi absolument le même but.

Les actions ayant une *formula in jus concepta* nous montrent de la manière la plus claire comment les Romains envisageaient et exprimaient les différences que je viens de signaler. L'*intentio : fundum Agerii esse*, ou *Numerium centum dare oportere*, impliquait l'existence actuelle du rapport de droit, et renfermait directement la prise en considération des deux premières classes de défenses possibles. L'addition : *nisi soluta pecunia sit*, eût été tout à fait oiseuse; aussi ne la rencontrons-nous jamais; car si le débiteur avait payé, on ne pouvait dire : *eum dare oportere ;* si donc le *judex* reconnaissait que le débiteur avait payé, les mots : *si non paret* (*dari oportere*) *absolve,* lui prescrivaient déjà le rejet de la demande. Il en était tout autrement lorsque le défendeur, sans parler de l'existence de la propriété ou de la créance, se contentait d'invoquer un jugement prononcé régulièrement. L'*intentio* ne disait pas d'avoir égard à cette circonstance, ce qui motivait l'addition suivante : *si ea res judicata non sit*. Suivant la nature de l'action, cette addition devait être exprimée dans la formule,

pour que le juge pût y avoir égard : quelquefois il pouvait la suppléer (*l*) ; mais cela ne change rien au caractère essentiel et distinctif de ce moyen de défense.

Les *formulæ in factum conceptæ* étaient sous ce rapport moins bien déterminées. Quelquefois la rédaction de la formule indiquait d'avoir égard à la négation relative (*m*); quelquefois elle ne l'indiquait pas (*n*). Mais l'indétermination avait ici peu d'inconvénients, car ces formules s'appliquaient surtout aux actions prétoriennes où les pouvoirs du juge étaient d'ailleurs très-étendus (*o*).

Ainsi, dans l'ancienne procédure romaine, la différence essentielle que j'ai signalée entre les

(*l*) Appendice XIII, num. IV. Voilà ce qu'exprime : exceptio *inest* actioni, c'est-à-dire, est censée contenue dans la formule. — Zimmern, Rechtsgeschichte, vol. III, § 98, prétend à tort que c'est là un caractère particulier aux *b. f. actiones,* car il est commun à toutes les actions libres.

(*m*) Gajus, IV, § 47. « ... eamque dolo malo... redditam non « esse... »

(*n*) Gajus, IV, § 46. D'après la lettre de cette formule, on pourrait croire que l'affranchi n'eût pas été libéré même par le payement de la somme antérieur au jugement, ce qui est tout à fait inadmissible.

(*o*) Appendice XIII, num VI. Indépendamment des actions prétoriennes, quelques actions civiles avaient aussi une *formula in factum concepta ;* mais ces actions étaient des *b. f. actiones,* où le juge avait par conséquent des pouvoirs plus étendus. Gajus, IV, § 47.

deux premières classes de défenses et la troisième se trouvait exprimée avec précision et avec clarté par la rédaction de la formule. Cela nous mène à l'étude approfondie des exceptions.

§ CCXXVI. *Exceptions. — Leur forme. — Histoire.*

Zimmern, Geschichte des Römischen Privarechts, vol. III (1829), § 91-98.

J. A. M. Albrecht die Exceptionen des gemeinen Civilprozesses. München, 1835.

Exceptio désigne en droit romain cette espèce de défense fondée sur le droit indépendant qui appartient au défendeur. On l'appelle ainsi, parce qu'elle a pour but de faire prononcer le rejet de la demande par exception, quand même le droit allégué par le demandeur existerait réellement. Aussi à l'*intentio* et à la *condemnatio : Si paret fundum Agerii esse,* ou *centum dari oportere..... condemna,* on ajoutait l'exception : *Si ea res judicata non sit.* Par là s'explique l'expression négative de toutes les exceptions par rapport à l'injonction positive de la *condemnatio* à prononcer dans le cas où l'*intentio* serait vraie (*a*), et com-

(*a*) Gajus, IV, § 119. « Omnes autem exceptiones in contra« rium concipiuntur quia (ejus quod?) adfirmat is, cum quo « agitur .... ideo scilicet, quia omnis exceptio objicitur quidem « a reo, sed ita formulæ inseritur, ut condicionalem faciat con« demnationem, id est ne aliter judex eum, cum quo agitur, « condemnet, quam si nihil in ea re, qua de agitur, dolo acto« ris factum sit. » rel. — Cf. Zimmern, p. 290. — On a élevé des doutes non fondés (Albrecht, p. 21) sur la généralité de

ment plusieurs jurisconsultes anciens ont défini l'*exceptio* comme condition de la *condemnatio* (*b*). En effet, l'*intentio* elle-même est déjà une condition (*si paret*), et à cette condition principale s'ajoute, comme condition accessoire, la non existence de l'exception; tel est le rapport que ces jurisconsultes ont voulu exprimer (*c*). L'ex-

cette forme négative, d'après les expressions positives employées dans plusieurs textes; par exemple, dans la L. 11, § 3, de exc. rei jud. (XLIV, 2) : « ... obstaret exceptio, *quod res judicata* « *sit inter me et te.* » Mais tous ces textes ne donnent qu'un resumé sommaire du fait; la rédaction même de la formule était certainement négative. — Zimmern, p. 298, regarde comme positive la formule d'exception exprimée par *extra quam si;* mais *extra quam si* équivaut précisément à *nisi :* la forme est donc négative comme les autres.

(*b*) L. 22, pr. de exc. (XLIV, 1). « Exceptio est *condicio*, « quæ modo eximit reum damnatione, modo minuit damna- « tionem. » Gajus, IV, § 119 (Cf. note *a*). — Les points essentiels sont confirmés par le texte suivant, L. 2, pr. de exc. (XLIV, 1) : « Exceptio dicta est quasi quædam exclusio.... « ad cludendum (excludendum? intercludendum?) id, quod in « intentionem condemmationemve deductum est. » Voilà pour- « quoi on appelle une action sans exception judicium *purum*. Cicero, de inventione, II, 20.

(*c*) On a prétendu que les définitions citées note *a* et note *b* sont tellement générales, qu'elles s'appliquent aussi aux négations relatives, et dès lors justifient l'expression *solutionis exceptio* (Mühlenbruch, § 137, note 2). Mais les trois textes cités s'accordent à représenter l'exception comme la restriction ou la condition d'une pensée exprimée dans l'*intentio* et dans la *condemnatio*, c'est-à-dire, comme une chose *en dehors* de cette pensée, et qui n'y est pas déjà contenue. Or, toute négation absolue ou relative se rattache immédiatement à cette pensée même.

ception est donc sans contredit un moyen de défense du défendeur (*d*) ; mais ce nom désigne une espèce particulière de défense (*e*), et non toute défense en général. Dans l'ancien droit, il n'est jamais appliqué à la négation absolue ou même relative, et ainsi les expressions *exceptio solutionis, usucapionis,* etc., ne se trouvent certainement dans aucun jurisconsulte ancien (*f*).

Comme les exceptions faisaient partie intégrante de la *formula* rédigée par le préteur, le défendeur avait à en demander l'insertion, le préteur à l'accorder ou à la refuser (*g*). Cette

En effet, celui qui dit avoir payé une dette, affirme le dare *non oportere;* il nie directement l'*intentio*, et ne veut en aucune manière *condicionalem* facere condemnationem.

(*d*) Pr. J. de excep. (IV, 13). « Comparatæ sunt autem exceptiones *defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur.* » De même, Gajus, IV, § 116, sauf que le manuscrit porte *reorum* au lieu de *eorum.*

(*e*) Ainsi nous voyons dans la L. 56, de cond. ind. (XII, 6) : « *exceptionis defensio,* » expression qui indique qu'il y a d'autres espèces de *defensio* que l'exception.

(*f*) Le mot *excipere* n'était pas une expression technique spéciale, toujours employée avec une exactitude rigoureuse. L. 18, § 2, de prob. (XXII, 3). « ... qui excepit *se non respondisse.* » Dans aucun cas, ce texte ne peut être invoqué pour étendre, comme le font plusieurs auteurs modernes, cette expression aux négations relatives (par exemple, à l'*exceptio solutionis*). En effet, ce texte parle d'une négation absolue, et jamais on n'a soutenu que les Romains aient appelé ou que nous dussions appeler *exceptio* une négation absolue.

(*g*) C'est ce qu'expriment : exceptionem petere, postulare, dare, addere, reddere, denegare.

insertion littérale dans la formule était indispensable dans les actions rigoureuses ; dans les actions libres, elle n'était point nécessaire, mais très-usitée, et le préteur aurait pu difficilement la refuser si le défendeur la réclamait (§ 225). Du reste, l'exception ne se donnait, comme l'action, que s'il y avait un fait contesté ; dans le cas contraire, le préteur pouvait prononcer directement sans l'intervention d'un *judex* (*h*).

En droit Justinien, *præscriptio* est synonyme d'*exceptio*, et ainsi ces deux expressions peuvent se prendre indifféremment l'une pour l'autre (*i*). Gajus nous a appris l'origine de cette

(*h*) L. 9, pr. de jurejur. (XII, 2). « ... posteaquam juratum « est, *denegatur actio* : aut, si controversia erit, id est si am- « bigitur, an jusjurandum datum sit, *exceptioni locus est.* » L'exception ne s'applique donc que si le fait est contesté.

(*i*) C'est ce que montrent les rubriques suivantes : Dig., XLIV, 1, et Cod. VIII, 36 ; puis un texte de Paul, où *præscriptio* et *exceptio* s'appliquent alternativement au même cas. L. 12, de div. temp. pr. (XLIV, 3) ; *præscriptio peremptoria, dilatoria*, dans la L. 8, 12, C. de except. (VIII, 36 ; *doli, rei judicatæ, in factum præscriptio*, là où l'on trouve presque toujours *exceptio*. L. 91, de solut. (XLVI, 3), L. 29, pr. de exc. rei jud. (XLIV, 2), L. 23, de except. (XLIV, 1). — Réciproquement : *Exceptio longæ possessionis*, dans la L. 5, § 1, de div. temp. (XLIV, 3), et *temporalis exceptio*, dans la L. 30, C. de j. dot. (V, 12), au lieu de l'expression ordinaire de *præscriptio*. Ces expressions ont pu de tout temps être employées l'une pour l'autre, car le nom d'*exceptio* ne se rattache à aucune place déterminée dans la formule. Aussi, Cicéron (de inv., II, 20) appelait-il *exceptio* une *præscriptio* non douteuse, et ce n'est pas là, comme le prétend Zimmern, p. 297,

phraséologie (*k*). Dans l'ancienne procédure, plusieurs restrictions de l'*intentio* et de la *condemnatio* (que nous devons toujours nous représenter comme dépendances d'un seul et même tout) étaient mises *avant l'intentio*, et de là dérive naturellement leur nom de *præscriptio*. Plusieurs d'entre elles étaient insérées dans l'intérêt et à la requête du demandeur ; d'autres dans l'intérêt et à la requête du défendeur. Ces dernières étaient des exceptions véritables, des exceptions proprement dites, et c'est par une circonstance purement accidentelle que certaines exceptions se trouvaient ainsi placées avant l'*intentio,* tandis que la plupart l'étaient après (*l*). Cela fut changé dans la suite ; les restrictions proposées par le demandeur furent seules inscrites au commencement de la formule, et l'on rejeta à la fin toutes celles proposées par le défendeur. Celles appelées *præscriptiones,* à cause de la place qu'elles occupaient autrefois, conservèrent cette dénomination devenue impropre, et l'on s'habitua à regarder le mot *præscriptio* comme synonyme de

une locution inexacte. — On trouve encore d'autres textes sur ce sujet dans Unterholzner, Verjährungslehre, I, p. 10, 11.

(*k*) Gajus, IV, § 130-137 ; Zimmern, § 96-97, où ce sujet est traité avec profondeur, mais quelquefois aussi avec trop de subtilité.

(*l*) Sans doute, après la *condemnatio.* Zimmern, p. 285, place les exceptions entre l'*intentio* et la *condemnatio*, ce qui, dans plusieurs cas, eût rendu l'expression obscure et embarrassée.

exceptio. L'abolition de l'*ordo judiciorum* contribua beaucoup à cette modification du langage, car il n'y eut plus de *formulæ* où l'on pût distinguer différentes places, et les restrictions établies autrefois dans l'intérêt du demandeur, disparurent entièrement. A la vérité, chaque exception est ordinairement désignée sous un seul de ces deux noms, et il est rare de trouver les deux dénominations appliquées indifféremment (note *i*). Voilà sans doute comment la chose s'explique : la *doli* et la *rei judicatæ exceptio*, par exemple, se plaçaient toujours à la fin de la formule, tandis qu'autrefois la *temporis* et la *fori præscriptio* se plaçaient au commencement. — Depuis plusieurs siècles, les jurisconsultes modernes ont imposé au mot *præscriptio* un sens tout différent, celui de prescription des actions, changement qui a occasionné beaucoup de confusion dans la science du droit ; mais je n'ai point à m'en occuper ici (*l*[1]).

L'*exceptio*, telle que je viens de la décrire, ne peut avoir été mise en usage que depuis l'établissement de l'*ordo judiciorum*; elle n'existait pas dans les anciennes *legis actiones* (*m*). Il se pourrait même que son origine fût de beaucoup pos-

(*l*[1]) Voy. vol. IV, § 178.

(*m*) Gajus, IV, § 108. « Alia causa fuit olim legis actionum... « nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptio- « num. »

térieure au commencement de la procédure par formules; néanmoins, il est peu vraisemblable que les Romains aient négligé longtemps une forme aussi bien appropriée au but et aussi facile à trouver.

Après l'abolition de l'*ordo judiciorum*, les exceptions cessèrent d'exister comme formes de procédure. Ainsi, elles ne firent plus partie de la *formula* rédigée par le préteur, et adressée au *judex;* mais elles furent, comme aujourd'hui, de simples moyens de défense présentés par le défendeur à l'autorité judiciaire (*n*). Ainsi, il ne faudrait pas croire, comme le prétendent plusieurs auteurs, que la nature même des anciennes exceptions ait péri, ou même ait été essentiellement modifiée. Sans doute, tout ce qui dans les exceptions tenait à la procédure avait cessé d'exister, notamment ce qui se rapportait à la différence des pouvoirs du *judex* suivant la nature de l'action. Mais elles demeuraient ce qu'elles avaient toujours été, c'est-à-dire, des moyens de défense allégués par le défendeur et fondés sur

(*n*) Ici les expressions citées note *g* n'étaient plus applicables, et l'on désignait l'acte du défendeur qui invoquait l'exception, par *opponere* ou *objicere* exceptionem. Néanmoins, cette expression était employée anciennement concurremment avec les autres, et *opponere* avait alors le même sens que *petere* et *postulare*. Cf. Gajus, IV, § 123, 124, 119 (cf. note *a*), et plusieurs autres textes du Digeste.

des droits indépendants (§ 225). Si donc les compilations de Justinien exposent la nature des exceptions dans les mêmes termes que les anciens jurisconsultes, ce n'est pas là, comme on l'a souvent prétendu, une reproduction inintelligente, le vain simulacre d'une institution frappée de mort. On ne doit pas non plus attribuer à Justinien aucun changement essentiel dans les expressions techniques touchant cette matière. Si, dans les constitutions émanées de Justinien lui-même, on trouve une phraséologie moins rigoureuse, on doit l'attribuer à la décadence générale de la science, non point à un changement d'idées sur cette matière spéciale, et en réalité on trouverait un bien petit nombre de textes où Justinien, parlant des exceptions ou prescriptions, s'exprime autrement que n'aurait pu le faire un ancien jurisconsulte (*o*).

On ne doit pas non plus accorder qu'en droit Justinien le mot *exceptio*, ayant perdu sa signification propre, a été conservé sans réflexion, et

(*o*) La L. 3, C. de j. dot. (V, 12), prend, il est vrai, *temporalis exceptio* dans un sens assez large pour embrasser aussi l'usucapion, c'est-à-dire un cas de négation relative, bien que ces cas soient tout à fait en dehors des véritables exceptions (§ 225). Cf. vol. IV, § 178, *t*. Cela tient à la difficulté d'exprimer en peu de mots tous les changements que le temps pouvait apporter à la dot. Cette inexactitude de langage prouve donc l'absence d'une locution technique, et non un changement dans la nature des exceptions.

aurait dû être effacé. Sans doute ce mot se rapportait immédiatement aux anciennes formules d'actions, et ces formules n'existaient plus du temps de Justinien. Mais la rédaction des actions n'était pas le produit du hasard, elles exprimaient la nature intime des rapports de droit, et cette nature n'a point changé. Ainsi maintenant encore *exceptio* désigne une exception à l'obligation résultant de l'action intentée, bien que cette exception ne se réfère plus à l'instruction donnée à un *judex* sur une condamnation à prononcer.

Ces observations s'appliquent non-seulement au droit Justinien, mais aussi, jusqu'à un certain point aux lois de procédure en Allemagne. D'après une opinion très-répandue, quelles que soient les dispositions du droit romain actuel, le dernier recez de l'Empire (de 1654) aurait du moins complétement changé le droit et le langage, par rapport aux exceptions. Voici les deux textes relatifs à cet objet :

§ 37. « Quels que soient les *moyens* dilatoires ou péremptoires qu'il ait à opposer. »

§ 38. « S'il avait à opposer des *exceptiones* dilatoires ou autres semblables. »

Ces expressions embrassent évidemment toute espèce de défenses possibles, et ainsi l'on doit donner la plus grande latitude aux prescriptions de cette loi touchant la position du défendeur ;

mais elle ne parle nullement de la théorie du droit en cette matière. Donnons, si l'on veut, à l'expression allemande *Einrede* (exception), l'acception la plus large; mais prenons toujours le mot technique *exception* que nous avons emprunté au droit romain dans son sens originaire. Cela est important, non-seulement pour prévenir des erreurs autrement inévitables dans l'interprétation des sources, mais aussi comme unique moyen de fixer l'idée de droit exprimée par ce mot. Les auteurs qui ont écrit sur la procédure pendant les derniers siècles, n'ont pas évité cette confusion de langage; nous devons donc doublement nous réjouir de trouver du moins un point stable dans une expression technique dont le sens est déterminé historiquement.

§ CCXXVII. *Exceptions. — Leur contenu. — Leurs espèces.*

Le contenu des exceptions étant un droit indépendant du défendeur, et ainsi de même nature que le contenu des actions, les exceptions sont susceptibles des mêmes contrastes que les actions. Leurs formules se trouvaient ainsi dans l'édit, ou le préteur en inventait au besoin de nouvelles pour les différents cas (*a*); celles-ci

(*a*) Gajus, IV, § 118. « Exceptiones autem alias in edicto « Prætor habet propositas, alias causa cognita accommodat. »

s'appelaient *in factum exceptiones* (*b*), comme on appelait *in factum* les actions inventées spécialement pour des cas particuliers (§ 217. — Ensuite elles dérivaient, comme les actions, ou du droit civil (*lex* et *quod legis vicem obtinet*), ou du droit prétorien (*c*). — Enfin, nous voyons aussi des exceptions déjà connues et désignées sous un nom individuel, étendues ensuite à des cas nouveaux ; le rapport de cette extension est désigné par le nom de *utilis exceptio* (*d*), précisément comme pour les actions (§ 215).

(*b*) Fragm. Vat., § 310. « *neque* Cinciæ legis exceptio obstat, « *neque* in factum : *si non donationis causa mancipavi vel* « *promisi me daturum*. » — L. 4, § 32, de doli exc. (XLIV, 4). « exceptione in factum comparata *vel* doli mali. » Cf. L. 4, § 16 eod., L. 14, 23, de exc. (XLIV, 1), et beaucoup d'autres textes. — Ces *in factum exceptiones* répondent donc tout à fait aux *in factum actiones* improvisées (§ 217) ; néanmoins, on ne devrait pas pousser la similitude au point de croire que toutes les autres exceptions *in jus conceptæ* eussent aussi une *juris civilis intentio*. La *L. Cinciæ exc.* était certainement conçue en ces termes : nisi contra L. Cinciam factum sit ; ainsi donc sous la forme d'un fait.

(*c*) Gajus, IV, § 118 (immédiatement après les mots cités note *a*) : « Quæ omnes vel *ex legibus*, vel ex his *quæ legis* « *vicem obtinent*, vel ex *jurisdictione Prætoris* proditæ sunt : De même, le § 7, J. de exc., IV, 13. — D'après ces mots de la L. 3, de exc. (XLIV, 1) : « si quid contra LL., Senatusve « consultum factum esse dicetur, » il ne faudrait pas croire qu'il y ait jamais eu une exception particulière ainsi rédigée. Ce n'est là qu'une désignation collective des exc. L. Cinciæ, Sc. Macedoniani, etc. De même dans Gajus, IV, § 121.

(*d*) L. 21, de præscr. verb. (XIX, 5). « Quotiens deficit actio

Le principe de droit qui détermine le contenu de l'exception repose quelquefois sur les règles de la procédure (*e*), mais plus souvent, et alors avec plus d'influence, sur une règle matérielle du droit. Les exceptions de cette seconde espèce ont une nature semblable à celle des obligations absolument comme les actions (§ 205; le défendeur prétend que le demandeur ne fasse pas valoir son droit d'action. Le même droit matériel peut, suivant les circonstances, motiver une action ou une exception, et voici là-dessus une règle importante. Celui qui a un droit d'action peut, toutes les fois qu'il en a besoin, faire valoir ce droit comme exception (*f*). Mais on ne peut pas dire que réciproquement une exception, dès qu'elle existe, donne droit d'exercer une action ayant le même contenu et le même résultat.

« vel exceptio, *utilis actio vel exceptio est.* » Mais cela ne doit s'entendre que dans le sens d'extension (§ 215). Pour les exceptions, jamais on ne recourait à la fiction, qui eût été incompatible avec leur rédaction en fait (note *b*). — Dans la plupart des textes, il est vrai, *utilis exceptio* ne désigne pas une exception étendue, mais une exception efficace et valable. Cf. L. 41, de minor. (IV, 4), L. 19, § 5, ad Sc. Vell. (XVI, 1), L. 5, C. de usuris (IV, 32).

(*e*) Telles sont l'*exceptio fori, procuratoria, cognitoria, præjudicialis*, etc. Cf. Albrecht, Exceptionen, p. 211.

(*f*) L. 1, § 4, de superf. (XLIII, 18) : « cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit. » Le même fragment est reproduit dans la Loi 56, § 1, de R. J. (L. 17.)

Le cas le plus important que présentent les exceptions dérivant des règles matérielles du droit concerne le rapport de l'*æquitas* au *jus civile*. En effet, quand le préteur reconnaissait la présence de l'équité, il lui assurait la prédominance pratique, tantôt par des *in factum actiones*, tantôt par des exceptions (*g*); dans le premier cas il opérait, dans le second cas il empêchait la condamnation, sans créer ou détruire aucun droit proprement dit (*h*). Gajus et les Institutes parlent d'abord de ce cas, afin de montrer, dans une suite d'exemples, l'utilité et la valeur des exceptions (*i*). Mais si ce cas est le plus important, il n'est pas le seul, et la preuve en est que Gajus et les Institutes énumérant ensuite les différentes causes qui peuvent donner naissance à des exceptions, à côté de ce cas en citent plusieurs autres (*k*).

(*g*) L. 3, § 1, de pec. const. (XIII, 5). « Si quis autem cons- « tituerit, quod jure civili debebat, *jure prætorio non debebat,* « *id est per exceptionem....* » Les exceptions les plus importantes de cette espèce sont la *doli* et *pacti exceptio;* les *in factum exceptiones* avaient aussi le même but (note *b*).

(*h*) Cf. § 213, 216, et vol. I, § 22.

(*i*) Gajus, IV, § 116, 117, pr., § 1-5, J. de exc. (IV, 13).

(*k*) Cf. note *c*. — Le § 6, J. de exc. (IV, 13), dit expressément que ce qui précède n'est donné que comme exemple : « Hæc exempli causa retulisse sufficiet. » — Si le résumé général (note *c*) eût précédé, jamais il n'y aurait eu de méprise à cet égard. Au reste, les exemples sont beaucoup plus nombreux dans les Institutes que dans Gajus ; aussi le § 7, J. de exc. (IV,

Ce rapport des différentes espèces d'exceptions aux différentes espèces d'actions a été souvent méconnu dans les temps modernes ; je vais donner un tableau de toutes les combinaisons possibles dont il est susceptible, afin d'épuiser ce sujet. — A une action civile, on oppose une exception civile ou prétorienne ; à une action prétorienne, une exception civile ou prétorienne. — Ces diverses combinaisons sont non-seulement possibles, mais on les trouve réellement dans les applications suivantes qui sont incontestables.

I. Action civile et exception civile.

Condictio résultant d'un prêt ou d'une stipulation. — *Exc. Sc. Macedoniani* et *Vellejani, exc. Legis Plætoriæ* (*l*).

Rei vindicatio, comme aussi *condictio* résultant d'une stipulation. — *Exc. L. Cinciæ* (*m*).

II. Action civile et exception prétorienne.

Condictio ou *rei vindicatio*. — *Exc. doli, pacti, jurisjurandi, rei judicatæ.*

III. Action prétorienne et exception civile.

Actio constitutoria et *actio hypothecaria*. — *Exc. Sc. Vellejani* (*n*).

13), est-il moins clair et moins frappant que Gajus, IV, § 118.

(*l*) Cf. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, vol. X, p. 248.

(*m*) Fragm. Vat. § 266. 310.

(*n*) L. 8 pr., L. 29, pr. ad Sc. Vell. (XVI, 1.)

Publiciana actio. — *Exc. dominii* (o).

Actio de peculio. — *Exc. Sc. Trebelliani* (p).

Toute action prétorienne résultant d'une créance. — *Exc. legis Juliæ,* en conséquence d'une *cessio bonorum* (q).

IV. Action prétorienne et exception prétorienne.

Actio publiciana. — *Exc. hypothecaria, jurisjurandi, rei judicatæ.*

Actio doli ou *quod metus causa.* — *Exc. in factum* (q).

Plusieurs auteurs prétendent que, de ces diverses applications, la seconde seule (action civile et exception prétorienne) est l'exception proprement dite et véritable, et que les autres sont des exceptions improprement dites et créées par analogie (r). Néanmoins cette opinion n'a pas le moindre fondement, car si l'on examine sans prévention les textes cités plus haut (note c)

(o) L. 17, de public. (VI, 2).

(p) L. 1, § 8, quando de pec. (XV, 2).

(q) § 4, J. de replic. (IV, 14). Cf. L. 4, C. qui bonis (VII, 71).

(q') L. 14, § 13, quod metus (IV, 2).

(r) Zimmern, § 91, et surtout p. 286. Albrecht, § 5, et p. 32, 33, 42, 44. On verra, plus bas (§ 228), l'extension donnée à cette fausse doctrine par les auteurs modernes qui ont écrit sur la procédure. — Albrecht, p. 8, 23, prétend même que le mot *exceptio* désigne, non pas l'exception mise à la condamnation dans la formule, mais bien le rapport exceptionnel du droit prétorien au droit civil.

de Gajus et des Institutes, on voit clairement que les anciens jurisconsultes eux-mêmes regardaient le développement des exceptions comme parallèle à celui des actions ; nous n'avons donc aucune raison de croire que les exceptions civiles soient plutôt improprement dites et créées par analogie que les actions civiles. Voici sans doute l'origine de cette fausse doctrine. Le cas d'application le plus ordinaire, et d'ailleurs le plus important dans la pratique, a été pris arbitairement pour le seul qui existât dans l'origine , et l'on a regardé les autres cas comme des extensions ajoutées par analogie.

Les divisions suivantes des exceptions nous découvrent mieux la nature des divers aspects sous lesquels elles se montrent.

Parmi les exceptions, plusieurs n'ont d'efficacité que pour un certain temps, ou dans de certaines circonstances, de sorte qu'elles n'arrêtent plus l'action si le temps est expiré, ou si les circonstances ont changé ; par exemple, l'*exceptio pacti in diem,* si l'action est intentée avant le jour fixé pour le payement ; la *fori exceptio* , quand l'action est portée devant un juge incompétent, et en général, les exceptions simplement fondées sur des règles de procédure (note *e*). — D'autres, et c'est le plus grand nombre, ne sont pas soumises à ces restrictions, et ainsi conservent leur efficacité en tout temps et en toutes circons-

tances. — Les premières s'appellent *dilatoriæ* ou *temporales* (*s*), les secondes, *peremptoriæ* ou *perpetuæ* (*t*). Dans l'ancienne procédure, l'efficacité des exceptions dilatoires était très-différente, selon qu'elles se rapportaient ou ne se rapportaient pas au contenu de l'*intentio* même. Si, par exemple, on invoquait l'*exceptio pacti in diem*, et que le juge la reconnût fondée, il devait prononcer le rejet absolu de la demande, et la créance était perdue pour toujours. Si donc le demandeur était prudent, il retirait provisoire-

(*s*) *Temporalis exceptio* ou *præscriptio* a encore une autre signification toute différente, celle de *prescription des actions*. Ici donc, ce mot désigne une exception purement individuelle, comme l'*exceptio doli, pacti,* etc.; pris dans le sens de *dilatoria,* il désigne un membre d'une division. Nous trouvons une seule fois (L. 5, C. de exc., VIII, 36), *perpetua exc.,* dans le sens d'exception *imprescriptible;* l'exception prescriptible devrait, en conséquence, s'appeler *temporalis*, et ces expressions techniques seraient justifiées par l'analogie de l'*actio* perpetua et temporalis; elles ne sont pas devenues usuelles, à cause de la rareté des exceptions prescriptibles.

(*t*) Gajus, IV, § 120-125, L. 2, § 4, L. 3, de exc. (XLIV, 1), § 8, 10, J. de exc. (IV, 13). Suivant les règles de la procédure, les exceptions dilatoires devaient être présentées devant le préteur. Si elles étaient présentées pour la première fois devant le *judex*, on y avait égard; seulement, on ne les appelait plus *exceptiones,* mais bien *translationes,* ou *translativæ constitutiones.* Le texte le plus explicite à cet égard est Cicero, de invent., II, 19, 20. D'après d'autres textes moins précis, on pourrait croire que l'*exceptio dilatoria* était elle-même appelée *translatio.* De invent., I, 8, ad Herenn., I, 12, II, 12, Fortunatian., et Sulp. Victor. dans Caperronner. Rhetores ant., p. 63, 284.

ment son action, et ne la laissait pas porter devant un *judex* (*u*). Il en était autrement des exceptionsdilatoires, qui ne se rapportaient point au contenu de l'*intentio*, par exemple, l'*exceptio fori* ou *præjudicialis*. Si le *judex* les reconnaissait fondées, il ne devait pas rejeter la demande, mais s'abstenir de prononcer, de sorte que l'action n'était pas perdue irrévocablement (*v*). Cette distinction n'existe plus en droit Justinien, et toutes les exceptions dilatoires n'ont plus que

(*u*) Gajus, IV, § 123, Cf. Zimmern, § 95. D'après la généralité des expressions de Gajus, on pourrait croire qu'il en était de même pour toutes les exceptions dilatoires, et la règle s'applique effectivement à tous les exemples qu'il cite; mais, dans le cas de la *fori præscriptio*, si le *magistratus* était reconnu incompétent, le *judex*, n'ayant alors reçu aucun pouvoir réel, n'avait qualité ni pour condamner ni pour absoudre, et le droit n'était pas consommé, puisqu'il n'avait pas été porté *in judicium*. Dans le cas de l'*exceptio præjudicialis*, le jugement devait être différé, et ainsi, il n'y avait pour le moment ni condamnation ni absolution.

(*v*) Voy. le développement de ce cas, note *u*. La différence entre les deux espèces d'exceptions dilatoires peut s'exprimer ainsi : Dans l'une, on applique, dans l'autre on n'applique pas l'injonction de la formule : *si non paret absolve*. Dans l'une et l'autre, au contraire, l'injonction de la formule : *si paret condemna*, était également restreinte, et voilà pourquoi le nom d'*exceptio* convenait à toutes deux Ainsi, par exemple, nous savons que la *præjudicialis exceptio* avait effectivement cette dénomination, d'après Cicero, de invent., II, 20, et d'après les L. 13, 16, 18, de exc. (XLIV, 1). Zimmern, p. 302, refuse arbitrairement le nom d'*exceptio* à la seconde espèce d'exceptions dilatoires, faute d'avoir aperçu la distinction que je signale dans cette note.

la seconde conséquence, la moins dangereuse.

On distingue encore les *personæ* et les *rei cohærentes exceptiones,* selon que l'exception peut être invoquée exclusivement par le titulaire primitif du droit, ou par ses représentants et ayants cause, tels qu'un héritier, un acquéreur, une caution (*w*). Les *rei cohærentes,* de beaucoup les plus nombreuses, peuvent être considérées comme la règle, et les *personæ cohærentes* comme des cas exceptionnels (*x*). — Une distinction semblable, mais beaucoup plus restreinte, existe relativement à l'obligation où est le demandeur de subir l'exception quand elle a sa cause dans un acte injuste du titulaire primitif du droit. Dans le cas important de la *doli exceptio*, cette obligation existe pour l'héritier, le donataire, mais

(*w*) L. 7, pr., § 1, de exc. (XLIV, 1). — C'est encore dans un sens différent que les Proculéiens disent, au sujet de l'*exc. L. Cinciæ*, que chacun peut l'invoquer : « etiam quivis, quasi « popularis sit hæc exceptio ». (Fragm. Vat., § 266); ainsi donc, indépendamment de tout rapport de succession.

(*x*) Elle s'applique principalement à ce qu'on appelle le *beneficium competentiæ.* L. 7, pr., de exc. (XLIV, 1), L. 24, 25, de re jud. (XLII, 1), § 4. J. de repl. (IV, 14); ensuite à l'*exc. pacti,* quand le contrat ne porte que sur un individu. L. 21, § 5, L. 22-26, L. 32, de pactis (II, 14). Quand donc, au sujet de l'*exc. rei venditæ et traditæ,* on exprime le contraire, ce n'est qu'une simple application de la règle générale. L. 3, pr., de exc. rei venditæ (XXI, 3). Ainsi, dans le cas de la *doli exceptio,* on devrait dire également, par rapport au défendeur : *in rem* opponitur exceptio. L. 2, § 2, de doli exc. (XLIV, 4).

non pour l'acquéreur (*y*), et bien moins encore pour les tiers, qui n'ont avec le titulaire primitif aucun rapport de succession. La *metus exceptio*, au contraire, étant conçue *in rem : si in ea re nihil metus causa factum est*, peut être opposée non-seulement à l'héritier ou à l'acquéreur de l'auteur de la violence, mais encore à tous les tiers (*z*). Quand, à propos d'autres exceptions, on dit qu'elles valent non-seulement contre le demandeur primitif, mais contre tous ses successeurs sans distinction (*a a*), ce n'est là que l'expression de la règle ordinaire, la négation de la restriction spéciale établie pour la *doli exceptio*.

§ CCXXVIII. *Exceptions. — Opinions divergentes.*

Dès le moyen âge, les jurisconsultes se sont beaucoup écartés de la pure doctrine du droit romain en matière d'exceptions que je viens d'exposer. Ainsi surtout a été adoptée une nouvelle division des exceptions en *exceptiones juris* et *facti;* les premières répondent à peu près aux

(*y*) L. 4, § 27, 31, de doli exc. (XLIV, 4). Aussi dit-on : exprimendum est... non in rem : *si in ea re dolo malo factum est*, sed sic : si in ea re *nihil dolo malo actoris factum est*. L. 2, § 1 eod. La restriction exprimée dans le texte embrasse alors les successeurs.

(*z*) L. 4, § 33, de doli exc. (XLIV, 4).

(*aa*) L. 3, § 1, de exc. rei vend. (XXI, 3).

véritables exceptions romaines, les secondes embrassent les autres moyens de défense, par exemple le payement (*a*). Mais comme jamais on n'a pu s'accorder ni sur les limites de cette division, ni sur son application pratique, la confusion du langage a marché de pair avec la confusion des idées et des règles du droit (*b*). Au milieu du dix-septième siècle, le dernier recez de l'Empire rendit une nouvelle loi sur la procédure pour toute l'Allemagne, et les efforts inutiles des auteurs pour mettre cette loi en harmonie avec la théorie adoptée, ont encore augmenté la confusion.

Dans les derniers temps, l'étude critique des sources appliquée à cette partie de la science, a obtenu plus d'un bon résultat. Mais tandis qu'ailleurs on a souvent méconnu l'élément historique des institutions, et qu'on lui a faussement attribué une signification générale, il semble que l'on n'a pu ici éviter tout à fait l'excès contraire. Ainsi, la base véritable et permanente de l'institution a été méconnue; on l'a prise à tort pour un phénomène passager et n'ayant depuis longtemps d'existence que dans l'histoire (*c*).

(*a*) Entre autres passages de la glose, il faut surtout voir *Gl. Intentionem.* L. 2, pr. de exc. (XLIV. 1).

(*b*) Albrecht, p. 23 et sq., indique un grand nombre d'auteurs.

(*c*) Ce point de vue est exposé de la manière la plus complète

J'ai signalé plus haut (§ 227) et j'ai combattu le principe de cette doctrine erronée. On prétend que les exceptions prétoriennes contre les actions civiles étaient les seules exceptions véritables, et voici comment on cherche à concilier cette assertion avec le développement du droit romain.

Avant que le préteur, au moyen de ses exceptions, eût permis à l'*æquitas* de tempérer la rigueur de l'ancien droit civil, l'équité n'avait absolument aucune influence sur le droit (*d*). Cette hypothèse placerait le peuple romain pendant plusieurs siècles dans un état d'élévation ou d'abaissement moral également incompatible avec la vraisemblance historique. Comment croire en effet que, pendant un temps aussi long, les Romains n'aient connu aucun exemple de la mauvaise foi à laquelle on opposa plus tard la *doli exceptio*, et autres voies de droit semblables? ou bien si la mauvaise foi existait alors comme aujourd'hui, comment admettre que les gens de bien, y compris les magistrats, ne l'aient point remarquée, ou n'aient point su se protéger eux et les autres, avant qu'un préteur eût inventé les exceptions? — La vérité est, au contraire, que l'*æquitas* a été toujours reconnue, et a trouvé

dans l'ouvrage d'Albrecht que j'ai cité plus haut (§ 226). Le germe de cette doctrine se trouve dans Bayer, Vorträge über den Civilprozesz, 4e éd., 1834, p. 250 et sq.

(*d*) Albrecht, p. 3, 4, 5.

protection même sous l'empire des *legis actiones* (*e*). L'innovation que l'on doit en cette matière attribuer au préteur consiste donc en deux choses : d'abord les exceptions, forme de procédure si commode, si bien appropriée au but, et qui est nécessairement postérieure à l'introduction des *formulæ* (§ 226, *m*); ensuite, le développement plus complet et plus satisfaisant des règles du droit relatives à l'*æquitas;* l'édit, et plus tard les travaux des jurisconsultes exercent donc ici, comme sur les autres parties du droit, leur bienfaisante influence.

Voici comment on rattache la doctrine que je combats aux temps postérieurs du droit romain (*f*). Les exceptions ne conservèrent pas longtemps leur caractère primitif; il se trouva changé dès que l'on eut commencé à regarder le droit prétorien comme un *jus* proprement dit; elles disparurent complétement avec l'*ordo judiciorum;* et entre les exceptions et les autres moyens de défense résultant du droit civil, le

(*e*) Relativement à la procédure du temps des *Legis actiones*, nous ne savons guère que ce que nous en apprend le manuscrit de Gajus, et cela se réduit à peu de chose; mais nous trouvons dans Plaute l'indice que, pour atteindre le but, rempli dans la suite par la *doli exceptio*, on employait une *sponsio* forcée, c'est-à-dire la forme de droit dont les anciens Romains faisaient tant d'usage et appliquaient aux buts les plus différents. Cf. Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft, vol. X, p. 248.

(*f*) Albrecht, p. 52, 72, 82 et sq., 108 et sq.

payement par exemple, il n'y eut plus aucune différence. Quand donc les compilations justiniennes parlent des exceptions dans les mêmes termes que les anciens jurisconsultes, cela ne répond plus à rien de réel, et ne s'explique que par la manière dont ces compilations ont été faites. On conservait les expressions des anciens temps, mais les idées n'existaient plus.

Quoique l'on trouve rarement cette doctrine exposée d'une manière aussi complète, la plupart des auteurs paraissent s'accorder à regarder le principe des exceptions romaines comme inapplicable au droit actuel, et comme devant être remplacé par un principe beaucoup plus large (*g*). Mais ils ne s'accordent que sur la partie négative de cette proposition, nullement sur le nouveau principe qu'il s'agit de substituer à l'ancien, et cette diversité d'opinions est un obstacle qui empêche de donner une base solide au droit de la procédure. Ainsi, plusieurs appellent exception tout moyen de défense qui résulte d'un changement dans le rapport du droit originaire, et les autres moyens de défense fins de non-recevoir (*h*). D'autres appellent exception ce dont

(*g*) Mühlenbruch, I, § 137; Thibaut, § 73; Mackeldey, § 200 *b*; Linde, dans Linde's Zeitschrift, vol. I, p. 148 sq. Parmi les auteurs modernes, celui qui se rapproche le plus de mon opinion est Kierulff, Theorie, I, p. 175 sq.

(*h*) Bayer, Civilprozesz, p. 256. Suivant lui, la prescription, le

le défendeur doit fournir la preuve, ce qui comprend la négation absolue et relative (l'aliénation mentale d'une des parties, le payement), et cette seconde définition est encore plus large que la première (*i*).

Je vais présenter quelques observations propres à concilier les opinions en cette matière. Deux points me semblent importants pour la théorie du droit romain, qui est l'objet de cet ouvrage : le résumé des diverses espèces de défenses possibles (§ 225), et la conservation des *exceptiones* romaines sans aucune modification de la phraséologie des Romains. — Quant au premier point, il s'agit de savoir si mon résumé est complet et exact. S'il ne l'est pas, on doit le rectifier; mais son exactitude admise, c'est là que l'on doit placer la base de la recherche qui nous occupe, base non moins indispensable pour la théorie du droit romain que pour la procédure actuelle. Le même besoin est commun à l'une et à l'autre; il n'y a donc point ici conflit d'intérêts dans le domaine de la science. — Quant au second point, la conservation du principe des *exceptiones* romaines sous leur nom spécial, il est aussi indispensable à la théorie du droit romain que la conservation du système des actions

payement, la novation, donnaient lieu à de véritables exceptions, mais non pas le Sc. Macedonianum et Vellejanum.

(*i*) Albrecht, § 38, et surtout p. 190, 205, 206.

romaines et des expressions techniques qui s'y rapportent (§ 224). En effet, si l'on abandonne l'une de ces choses, il devient impossible de pénétrer l'esprit des principes et des règles du droit romain ; il faut renoncer à l'intelligence des sources. Ce motif est même plus impérieux pour les exceptions que pour les actions et les condictions, car celles-ci sont moins étroitement liées à la nature intime et permanente des principes du droit. Sans doute la théorie de la procédure actuelle n'est nullement intéressée à la conservation des exceptions romaines ; mais il n'est pas vrai, comme le prétendent plusieurs auteurs, que cette théorie ait un intérêt opposé et qui demande l'abolition complète du principe des exceptions romaines. Comme ce point a de l'importance, je vais entrer dans quelques développements.

Je ne prétends en aucune manière que la doctrine du droit romain, touchant les exceptions, doive exercer aucune influence directe sur le droit actuel de la procédure, et empiéter sur son domaine. Néanmoins, pour reconnaître leur indépendance respective, il faut passer en revue les diverses institutions de la procédure avec lesquelles les exceptions sont en contact.

Une des questions les plus importantes est celle relative à l'obligation de la preuve. Tout le monde reconnaît que le motif des exceptions

doit être établi par le défendeur (*k*), et tel est le sens de la règle *reus in exceptione actor est* (*l*). Ici s'appliquent les mêmes restrictions que pour les preuves à la charge du demandeur. Si donc le demandeur, admettant en général le motif de l'exception, cherche à la repousser en alléguant des circonstances particulières, c'est à lui à établir la vérité de cette allégation (*m*). — D'un autre côté, personne ne prétend que la preuve soit à la charge du défendeur, dans le cas *seulement* des exceptions romaines; tout le monde, au contraire, s'accorde à reconnaître que le défendeur doit prouver également toute espèce de négation relative; par exemple, le fait du payement (*n*). — Ainsi, en ce qui touche l'obligation de la preuve, le droit actuel ne diffère pas du droit romain. Les questions pratiques les plus importantes relatives à cette matière ne prêtent pas davantage à la controverse, ou du moins celles qui peuvent se présenter sont indépendantes de l'extension que l'on doit donner au principe des

(*k*) L. 19, pr., L. 9, de prob. (XXII, 3), L. 25, § 2 eod. (note *n*).

(*l*) L. 1, de exc. (XLIV, 1), L. 19, pr., de prob. (XXII, 3).

(*m*) L. 9, de prob. (XXII, 3).

(*n*) L. 12, L. 25, § 2, de prob. (XXII, 3) : « ... secundum generalem regulam, quæ eos, qui opponendas esse exceptiones « affirmant, *vel solvisse debita contendunt*, hæc ostendere « exigit. » Ici l'expression disjonctive marque très-bien la différence des deux espèces d'application.

exceptions. Nous ne voyons donc rien dans les règles sur l'obligation de la preuve, qui doive nous faire modifier le principe des exceptions établi par le droit romain.

Il y a plusieurs moyens de défense que le défendeur doit présenter, dit-on, avant le commencement du procès (*litis ingressum impedientes*), et qui font ainsi le sujet d'une discussion préliminaire antérieure à la discussion principale. — Cette forme de procédure, et la désignation de plusieurs exceptions qui s'y rapportent, est étrangère au droit romain. Si les faits du procès n'étaient pas contestés, le préteur prononçait toujours directement; si les faits étaient contestés, et qu'il fallût en fournir la preuve, le préteur nommait toujours un *judex* (§ 226, *h*), quelle que fût la nature des faits. Je n'examine pas jusqu'à quel point est fondée la distinction dont je parle; mais on voit du moins que le maintien ou l'abandon du principe des exceptions romaines n'a aucune influence sur la question.

Ordinairement les exceptions doivent être présentées lors de la *litiscontestatio;* plusieurs peuvent l'être plus tard, quelquefois même jusqu'au moment de l'exécution. — Ici le droit actuel s'éloigne beaucoup du droit romain. Chez les Romains, s'il s'agissait d'une action libre, le *judex* devait avoir égard à toutes les exceptions, même à celles qui n'avaient pas été présentées devant le

préteur, c'est-à-dire, lors de la *litiscontestatio*. S'il s'agissait d'une action libre, l'exception n'était valable que quand elle était mentionnée dans la formule, et dès lors présentée devant le préteur; mais celui qui manquait à cette formalité obtenait aisément une restitution (*o*). Quant aux négations relatives, on pouvait toujours, quelle que fût la nature de l'action, les présenter devant le *judex*, quand même on n'en avait pas parlé devant le préteur. — La procédure actuelle a donc sur ce point des règles nouvelles, et plus rigoureuses, mais qui certainement ne sont pas restreintes au cas des exceptions romaines. L'extension plus ou moins grande du principe des exceptions n'a donc encore ici aucune influence sur ce changement du droit de la procédure.

C'est une question controversée de savoir jusqu'à quel point les exceptions qui n'ont pas été présentées par le défendeur peuvent être suppléées *officio judicis*. — Ces expressions *officium judicis* désignaient chez les Romains ce que le *judex* pouvait et devait faire en dehors des limites tracées par la formule du préteur. Or il est certain que le *judex* devait avoir égard à toutes les exceptions, si l'action était libre; et seulement à celles mentionnées dans la formule, si

(*o*) Gajus, IV, § 125, L. 2, C. sent. rescindi (VII, 50), L. 8, C. de except. (VIII, 36).

l'action était rigoureuse. — Aujourd'hui, l'on entend par *officium judicis* ce que le juge fait de son propre mouvement sans en être requis par une des parties. Nous devons attribuer sur ce point une grande liberté à la procédure orale des Romains, et sans doute le préteur et le *judex* adressaient aux parties toutes les questions qu'ils jugeaient convenables. Notre procédure écrite a des règles plus rigoureuses; néanmoins, on prétend que plusieurs exceptions doivent être suppléées par le juge (*p*). Ici encore, la latitude plus ou moins grande donnée aux pouvoirs du juge est tout à fait indépendante de l'extension du principe des exceptions.

D'après toutes ces considérations, il semble que le parti le plus sage serait, quand on parle de la théorie du droit romain, de prendre toujours le mot exception dans le sens que lui donnent les sources; et quand on parle de la théorie de la procédure, de ne jamais prendre le mot exception dans un autre sens que les Romains, et de lui substituer toujours des expressions équi-

(*p*) Albrecht, p. 130, prétend que la question n'a aucun intérêt dans la pratique, car le juge ne peut faire usage des faits qu'il connaît personnellement, et le demandeur se gardera bien d'alléguer des faits qui pourraient motiver une exception. Mais l'exception de la prescription des actions est fondée sur un simple calcul; l'*exc. Sc. Vellejani* résulte de la désignation personnelle de celle que l'on poursuit comme caution, et dont le demandeur ne peut cacher le sexe.

valentes, telles que *opposition, moyen de défense.* Le besoin le plus pressant pour la théorie de la procédure, est que l'on s'accorde sur les règles du droit. Tant qu'on n'approchera pas de ce but désirable, il vaut mieux éviter autant que possible les expressions techniques ayant une signification précise. Car leur office est de signifier une idée claire, et de constater l'assentiment qu'elle obtient. Or, tant que ces deux circonstances manquent, l'emploi de ces expressions techniques ne sert qu'à dissimuler le mal, et éloigner le remède. On doit surtout éviter ces expressions techniques créées arbitrairement, *exceptio juris* et *facti,* dont l'apparente authenticité peut faire illusion, et qui depuis longtemps ont beaucoup contribué à entretenir et à accroître la confusion des idées.

§ CCXXIX. *Réplications, Duplications, etc.*

La position respective des parties, telle que je l'ai décrite au sujet de la demande et de la défense, est susceptible de développements ultérieurs.

Quand la défense consiste en une exception, et dès lors a, comme la demande, une nature indépendante, le demandeur a pour repousser l'exception les mêmes moyens que le défendeur pour repousser la demande (§ 225); ainsi le demandeur peut nier absolument le droit servant

de base à l'exception (négation absolue), ou prétendre qu'il a été anéanti postérieurement (négation relative), ou bien, enfin, invoquer, pour le détruire, un autre droit indépendant.

On appelle *replicatio* cette dernière espèce de défense, et on la définit comme une *exceptionis exceptio* (a); définition que l'on doit prendre à la lettre, et qui est rigoureusement vraie. En effet, l'exception aurait dû donner gain de cause au défendeur, et la réplication fait exception à ce cours naturel des choses. La rédaction des formules romaines fait très-bien ressortir ce rapport. Ainsi le préteur, après avoir enjoint au *judex* de condamner, si l'*intentio* se trouve vérifiée, restreint d'abord cette injonction en prescrivant d'absoudre dans le cas où l'*exceptio* serait fondée. Puis vient une nouvelle réserve pour le cas où les faits exprimés dans la *replicatio* seraient véritables, et alors le *judex* doit condamner.

Ce rapport était exprimé par les mots *aut si*, insérés dans la formule de la manière suivante. Quand, par exemple, au sujet de la revendication d'un immeuble, le défendeur opposait l'exception d'un contrat de louage, le demandeur

(a) L. 2, § 1, de exc. (XLIV, 1). « Replicationes nihil aliud « sunt, quam exceptiones, et a parte actoris veniunt.... » L. 22 eod. « Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio. » — Cf. Gajus, IV, § 126-129, tit. Inst. de replic., IV, 14.

pouvait répliquer que ce contrat était entaché de fraude, et dès lors non obligatoire. « Si paret, fundum de quo agitur Agerii esse, judex Negidium condemna, si ab Agerio fundus locatus Negidio non sit, *aut si dolo Negidii factum sit, quo magis locaretur.* » C'est-à-dire : la condamnation doit être prononcée, si le contrat de louage allégué n'existe pas, *ou s'il existe, mais qu'il soit le résultat de la fraude* (*b*).

Les réplications, de même que les exceptions, étaient fondées tantôt sur le droit civil (*c*), tantôt sur le droit prétorien (*d*).

Le même rapport peut se répéter en sens inverse, et cette répétition peut se continuer indéfiniment par la pensée. En effet, si l'on demande comment le défendeur se défend contre une réplication, la réponse est toujours la même. Il peut opposer une négation absolue ou relative,

(*b*) Voy. le dernier exemple dans Gajus, IV, § 126, et, en outre, L. 48, de proc. (III, 3), L. 32, § 2, ad Sc. Vell. (XVI, 1), L. 154, de R. J. (L. 17). — Les textes qui s'expriment négativement, par exemple, la L. de re jud. (XLIV, 1) : « at si res « judicata non sit, » ne font que résumer la *replicatio*, et ne citent pas textuellement la formule du préteur, comme j'en ai déjà fait l'observation au sujet de diverses exceptions (§ 226, *a*). — Ce point est très-bien traité dans Keller, Litiscontestation, p. 339-340.

(*c*) Mandati replicatio dans la L. 48, de proc. (III, 3), Sc. Vellejani dans la L. 32, § 2, ad Sc. Vell. (XVI, 1).

(*d*) Doli replicatio dans la L. 154, de R. J. (L. 17), pacti dans Gajus, IV, § 126.

ou bien invoquer un droit nouveau et indépendant. Cette dernière espèce de défense est appelée *duplicatio* par Gajus et par les Institutes; puis vient pour l'autre partie la *triplicatio*, et ainsi de suite à l'infini (*e*). Gajus assure que dans la vie réelle, cette complication va quelquefois au delà de la *triplicatio* (*f*). Néanmoins, les véritables duplications ne sont déjà pas communes; les duplications sont certainement très-rares, et peut-être n'a-t-on pas d'exemples de triplications et de quadruplications.

La phraséologie que je viens d'exposer n'était pas généralement reconnue chez les Romains. En effet, ceux qui l'adoptent admettent tacitement l'action et l'exception comme bases du débat judiciaire, de sorte que l'on désigne seulement par des chiffres les allégations et les défenses subséquentes. Alors vient en *première* ligne la *replicatio*; en *seconde* ligne, la *duplicatio* pré-

(*e*) Gajus, IV, § 127-129, § 1, J. de replic. (IV, 14). Nous voyons le même langage employé par un jurisconsulte dont le nom nous est inconnu, dans les Frag. Vat., § 259. Des *res mancipi* avaient été données et non mancipées; dès lors il n'y avait pas lieu à usucapion. Lorsque les héritiers du donateur revendiquaient ces choses, à l'exception résultant de la donation invoquée par les donataires, ils opposaient la *replicatio L. Cinciæ*. Mais le donateur étant mort sans avoir révoqué sa libéralité, cette réplication était écartée par la *doli duplicatio*, nommée expressément dans notre texte.

(*f*) Gajus, IV, § 129. De même, Ulpien, dans la L. 2, § 3, de exc. (XLIV, 1).

sentée par le défendeur, et ainsi de suite. — Mais il était aussi naturel, même plus naturel, de considérer l'action comme seule base du procès, et de désigner par des chiffres les allégations et les défenses subséquentes. Alors venaient, 1° l'*exceptio;* 2° la réponse du demandeur, qui pouvait s'appeler indifféremment *replicatio* ou *duplicatio* (*g*); 3° la réponse du défendeur, qui alors devait s'appeler *triplicatio*, et ainsi de suite. Cette double manière de s'exprimer a été obscurcie dans les sources du droit par le zèle mal entendu des copistes à ramener tous les textes à la phraséologie, d'ailleurs authentique, des Institutes. J'en citerai comme exemples un texte d'Ulpien, où le manuscrit de Florence porte simplement : Sed et contra replicationem solet dari *triplicatio* (*h*), et aussi un texte de Julien (*i*).

(*g*) *Duplicatio* et *triplicatio* sont dérivés des nombres; il n'en est pas autrement de *replicatio*. On ne doit pas étendre cette diversité de langage aux exceptions, et croire qu'elles aient jamais été appelées *replicationes*.

(*h*) Ici on lit, dans la Vulgate : Sed et contra replicationem solet dari *duplicatio et contra duplicationem* triplicatio, évidemment dans le but d'éviter la contradiction avec les Institutes.

(*i*) L. 7, § 1, 2, de curat. fur. (XXVII, 10). Ici le manuscrit de Florence et la Vulgate s'accordent à placer *triplicatio* immédiatement après *replicatio*, sans mettre dans l'intervalle une *duplicatio* distincte; de sorte qu'évidemment, dans ce texte, *replicatio* et *duplicatio* sont synonymes; mais ce dernier terme n'est point employé. Tout devient donc clair, si au lieu de : Sed

Les réplications et les duplications prêtent, sur le fond des choses et sur l'emploi des expressions techniques, aux erreurs que j'ai signalées pour les exceptions. Néanmoins, ces erreurs n'ont point eu cours, ce qui s'explique par l'application peu fréquente et l'importance secondaire de ces institutions.

Je ne dois pas oublier de mentionner ici une autre différence de langage également applicable aux exceptions, aux réplications, etc. J'ai déjà dit, en parlant des actions, qu'on pouvait les envisager sous deux faces : quant à la forme, et cela appartient à la procédure; quant au fond, et cela rentre dans le système du droit matériel (§ 205). Ces deux rapports sont distingués dans le droit actuel sous le nom d'acte de demande, et droit d'action. Ce dernier seul appartient à mon sujet. — Le même contraste se reproduit pour les exceptions, les réplications, etc.; et ainsi nous devons distinguer l'acte d'exception, et l'exception considérée comme droit appartenant au défendeur. Mais comme ces moyens de défense sont très-nombreux (§ 225), et qu'il ne peut pas y avoir un acte spécial de procédure pour chacun d'eux, on les a réunis naturellement dans un seul et même acte, qui, d'après son caractère le plus individuel, a été appelé

an *replicatio,* on lit, avec la Vulgate : *Sed an triplicatio.* — Ce texte est très-bien expliqué par Keller, p. 335-341.

acte d'exception. Quand donc je reconnais que la défense motivée sur le payement est aujourd'hui bien placée dans l'acte d'exception, ce n'est point là une inconséquence de ma part, ni un retour à la doctrine combattue plus haut, touchant le principe des exceptions. En effet, on devrait regarder comme suffisant un acte d'exception qui se réduirait à ce peu de mots : Toutes les allégations du demandeur sont fausses; et néanmoins personne ne prendra pour une exception, une négation aussi simple, aussi absolue. Ainsi donc, acte d'exception, dans le langage de la procédure moderne, ne désigne pas un acte dont les exceptions forment le contenu, mais un acte où les exceptions, *quand il en existe*, sont régulièrement et convenablement placées.

Ce que je viens de dire s'applique également dans la procédure actuelle aux dénominations de réplique, duplique, etc. Elles désignent certains points déterminés dans le cours de la procédure, et l'on a choisi ces noms parce que ce sont les actes où les véritables réplications et duplications trouvent leur place, quand elles existent. Ainsi on emploie ces expressions claires et précises pour ne point recourir à des circonlocutions plus abstraites. Ce que j'ai dit plus haut de la rareté des véritables duplications et triplications, ne s'applique pas aux actes de procédure désignés sous ces noms. Ainsi, dans la

procédure ordinaire, la duplique fait partie essentielle d'une instance complète. L'intérêt ou le caprice des parties peuvent donner lieu à des tripliques et quadrupliques, même à de quintupliques et sextupliques, si le juge en autorise la production.

Quoique ces termes de la procédure actuelle n'aient aucune relation intime et nécessaire avec les opinions critiquées plus haut sur le principe des exceptions, on doit reconnaître que ces termes techniques de procédure ont beaucoup contribué à l'établissement des fausses doctrines sur le principe des exceptions.

§ CCXXX. *Extinction du droit d'action. — Revue sommaire. — La mort.*

Le droit d'action, comme espèce spéciale de droit, peut être enlevé aux personnes qui en étaient titulaires dans l'origine, et cela de différentes manières. Ainsi, premièrement, il peut continuer de subsister, mais en passant à d'autres personnes; deuxièmement, il peut s'éteindre d'une manière absolue.

Un droit d'action peut être transmis à d'autres personnes d'abord par une cession, ensuite par la mort. — La cession, d'après sa nature juridique, appartient à la théorie des actions, car elle est applicable aux espèces de droits les plus diverses, et a toujours pour objet une action à

exercer. Mais envisagée sous le côté pratique, c'est-à-dire, par rapport à sa valeur dans la vie réelle, la cession appartient de préférence au droit des obligations, et ne peut être exposée complétement que dans la partie du traité spéciale à cette matière. — La mort ne détermine pas toujours la transmission d'un droit d'action à d'autres personnes; car, dans plusieurs cas, le droit d'action se trouve complétement éteint.

L'extinction du droit d'action est susceptible de divers degrés; en voici le tableau :

1) Extinction du droit même servant de base à l'action, et dont l'action avait la poursuite pour objet.

Exemple : Quand l'animal revendiqué vient à périr par accident; quand la dette réclamée est payée, car le payement anéantit l'obligation même.

2) Le demandeur dont l'action protégeait les droits, obtient satisfaction d'une autre manière.

Exemple : Quand une circonstance accidentelle remet le propriétaire en possession de la chose qui était l'objet d'une revendication ou d'une condiction (*a*).

3) Le demandeur n'est point satisfait, mais la violation du droit cesse, parce qu'une autre personne est substituée au défendeur primitif.

(*a*) L. 54, § 3, de furtis (XLVII, 2).

Exemple : Quand le possesseur de la chose d'autrui perd la possession de cette chose que le propriétaire revendiquait contre lui.

4) Le droit d'action seul est éteint sans aucun changement survenu au droit lui-même ou à la violation du droit.

C'est le cas de la prescription des actions.

Ces divers modes d'extinction se rapportent au droit d'action comme tel, dans l'hypothèse d'une violation, mais sans poursuites judiciaires commencées (§ 204), et ces modes d'extinction sont les seuls dont je doive m'occuper ici. Quant aux extinctions qui peuvent survenir dans le cours du débat judiciaire, par exemple, en conséquence du jugement, je les exposerai plus bas.

Parmi les modes d'extinction du droit d'action que je viens d'énumérer, voici ceux qui demandent une recherche spéciale.

I. La mort.

II. Le concours des actions.

III. La prescription des actions.

I. *La mort.*

J'ai dit plus haut que si le titulaire d'un droit d'action ou celui contre qui on l'exerce venait à mourir, le droit d'action, tantôt passait à d'autres personnes, tantôt était complétement anéanti. Voyons maintenant quelles sont les conditions

de cette transmission ou de cette perte. — Nous aurons à examiner cette transmission des actions par rapport au *demandeur* et par rapport au *défendeur*.

Par rapport au demandeur, c'est-à-dire activement, la plupart des actions se transmettent par succession, et celles qui ne passent pas aux héritiers peuvent être regardées comme de rares exceptions.

Les actions fondées sur des rapports de famille ne passent pas aux héritiers, parce que ces rapports de droit eux-mêmes ont une nature tout individuelle, et alors le droit faisant l'objet de l'action finit entièrement avec la vie du titulaire. — Cela ne s'applique néanmoins qu'aux rapports de famille naturels, au mariage, à la puissance paternelle, à la parenté. Car, pour beaucoup de rapports artificiels en connexion avec les biens, le droit lui-même passe aux héritiers, et la transmission de l'action ne souffre dès lors aucune difficulté (*a*[1]).

La plupart de ces droits relatifs à la capacité du droit dont j'ai fait ailleurs l'énumération (*b*), et qui ont un caractère d'anomalie, ne passent pas non plus aux héritiers. En effet, leur base n'étant pas un droit des biens, mais un rapport purement individuel, le droit lui-même, et con-

(*a*[1]) Voy. vol. I, § 57.
(*b*) Vol. II, § 71-74.

séquemment l'action établie pour le protéger, ne saurait appartenir aux héritiers. Je citerai comme exemple l'action d'injures, dont l'essence est la *vindicta*, c'est-à-dire une peine instituée exclusivement dans l'intérêt de la personne lésée; et si la peine consiste en une somme d'argent, cette circonstance accidentelle ne change pas le caractère de l'action (*c*). — Mais il y a certaines actions qui, par hasard peut-être, ne figurent pas dans l'énumération des droits dont je viens de parler (note *b*), et dont la nature est identique. Ce sont : A) L'*actio in factum de calumnia.* Quand une somme d'argent, ou une chose ayant une valeur vénale, a été donnée pour susciter ou empêcher injustement un procès, celui qui en éprouve un préjudice peut réclamer, à titre de peine, le quadruple de la somme reçue ainsi illicitement. Cela est une pure *vindicta* à laquelle l'héritier de la partie lésée n'a aucun droit. Mais si le défunt avait lui-même donné l'argent pour éviter un procès, son héritier pourrait réclamer la somme ainsi donnée par voie de condiction, et cela diffère entièrement de l'action ayant la *vindicta* pour objet (*d*). — B) Celui que la violence empêche de donner la sépulture à un mort, a une action en dommages-intérêts; mais cette ac-

(*c*) Vol. II, § 73.
(*d*) L. 4, de calumniat. (III, 6.)

tion ne passe pas à ses héritiers. Gajus, tout en donnant cette règle comme incontestable, la trouve singulière, parce que l'action a uniquement pour objet une indemnité pécuniaire (*e*). Mais si l'on doit prendre en considération l'indemnité due pour établir ailleurs un tombeau, ce n'est là qu'une portion, et une portion secondaire du dommage dont on poursuit la réparation (*f*). Le point capital est ici l'insulte faite à la mémoire du défunt (*g*), et voilà pourquoi cette action, comme l'action d'injures proprement dite, a principalement pour but la *vindicta* (*h*). Cela est encore confirmé par une action toute semblable, mais où ce rapport est exprimé beaucoup plus clairement, l'*actio sepulchri violati* (*i*);

(*e*) L. 9, de relig. (XI, 7) : « Unde miror, *quare constare* « *videatur,* neque heredi, neque in heredem dandam actio- « nem...... » Ainsi donc Gajus reconnaît le *constare videri.*

(*f*) L. 9, de relig. (XI, 7) : «..... per quam consequitur actor, « *quanti ejus interfuerit,* prohibitum non esse : *in quam com-* « *putationem cadit* loci empti pretium, aut conducti merces... » Cela est donc compris dans l'action; mais ce n'est pas le seul objet, ni même l'objet principal de son contenu.

(*g*) L. 6, C. de sepulchro viol. (IX, 19) : « Cum sit injustum.... « *injuriam* fieri reliquiis defunctorum ab his, qui debitorem sibi « esse mortuum dicendo..... *sepulturam ejus impediunt :* ne in « posterum *eadem injuria* procederet..... »

(*h*) Cf. Plusieurs des auteurs cités par Glück, vol. XI, p. 452, et Kierulff, Theorie, I, 228.

(*i*) L. 3, § 8, de sepulchro viol. (XLVII, 12) : « Qui de se- « pulchri violati actione judicant, æstimabunt, *quatenus in-* « *tersit :* scilicet *ex injuria* quæ facta est.... vel *ex damno*

aussi figure-t-elle déjà sur la liste des droits ayant la *vindicta* pour objet (§ 73). — C) L'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude ne passe pas aux héritiers du donateur (§ 169, *b*). Cela rentre encore dans le principe de la *vindicta;* le droit des biens réclamés ne figure ici que comme moyen (*k*). — D) Je citerai encore la *morum coercitio*, c'est-à-dire l'*actio de moribus*, et la *retentio propter mores*, dans le cas d'immoralité d'un époux (*l*). Ces institutions, abolies par le droit Justinien, n'ont évidemment d'autre objet que la *vindicta*.

C'est à tort que Gajus cite, parmi les exceptions positives de la transmissibilité du droit d'action, l'action appartenant à l'*adstipulator* (*m*). En effet, lui-même nous dit que le rapport entre le créancier et l'*adstipulator* repose toujours sur un mandat (*n*); or, comme le mandat ne passe jamais aux héritiers du mandataire, les héritiers de l'*adstipulator* ne peuvent jamais exercer l'action résultant de la stipulation pour exécuter le mandat donné exclusivement à leur auteur; ainsi

« quod contigit..... » Ici l'on représente comme parties constitutives de l'intérêt l'injure et la perte d'argent (note *f*); l'omission de l'injure est purement accidentelle, car, en réalité, il n'y a aucune différence entre les deux actions.

(*k*) Cf. Kierulff, Theorie, I, 228.

(*l*) L. 15, sol. matr. (XXIV, 3).

(*m*) Gajus, III, § 114, IV, § 113.

(*n*) Gajus, III, § 111, 216.

donc, ce cas n'est point une exception spéciale à la règle sur la transmission des actions.

Le nombre des actions qui ne passent pas aux héritiers est beaucoup plus considérable par rapport au défendeur que par rapport au demandeur.

Les actions personnelles, résultant des contrats et des quasi-contrats, passent aux héritiers du défendeur. — Les actions pénales bilatérales ne s'exercent jamais contre les héritiers du défendeur. Les actions pénales unilatérales et mixtes s'exercent contre les héritiers, mais seulement dans la proportion du bénéfice qu'ils retirent du délit (§ 211).

Les *in rem actiones* ne s'exercent pas contre les héritiers du défendeur. Quant aux actions résultant de la propriété, d'un *jus in re* ou d'un droit de succession, elles supposent dans la personne du défendeur une possession effective et actuelle; or, la possession ne s'acquiert point par la simple acquisition d'un droit de succession (*o*). Quand donc l'héritier du possesseur ne se trouve pas accidentellement en possession de la chose, l'action ne s'exerce pas contre lui. Mais s'il a acquis la possession, il est poursuivi, non comme héritier, mais comme possédant personnellement. Dans le cas où celui dont on hérite aurait frau-

(*o*) Savigny, Recht des Besitzes, § 28.

duleusement abandonné la possession, l'action se poursuivrait comme action pénale unilatérale contre l'héritier; mais alors elle n'a que la forme et le nom d'une *in rem actio*; c'est en réalité une action personnelle résultant d'un délit (*p*). — Les actions confessoires et négatoires ne supposent pas la possession dans la personne du défendeur, mais elles impliquent l'existence d'un fait que l'on peut assimiler à une violation, et l'on ne saurait dire que le fait ainsi caractérisé se transmette aux héritiers.

Les actions résultant des rapports de famille ne passent pas plus aux héritiers du défendeur qu'à ceux du demandeur; en effet, le rapport de droit qu'elles protégent n'a rien de commun avec les biens, et par conséquent avec leur transmission aux héritiers.

Les règles que je viens d'exposer se modifient beaucoup dès qu'au droit d'action s'ajoute la *litiscontestatio*. Je parlerai de ces modifications dans le volume suivant.

La question de transmission aux héritiers, que j'ai traitée au sujet des actions, est également applicable aux exceptions, et je l'ai abordée en parlant des *exc. personæ cohærentes* (§ 227). Ici encore, la transmission constitue la règle; mais les cas exceptionnels ne peuvent pas se ramener,

(*p*) Cela résulte des L. 52, 55, 42, de rei vind. (VI, 1).

comme pour les actions, à des principes généraux.

§ CCXXXI. *Extinction du droit d'action.* II. *Concours. Introduction. Phraséologie.*

Donellus, lib. XXI, cap. 3.

Thibaut, Concurrenz der Klagen. (Civilist. Abhandlungen, 1814. Num. IX.)

G. J. Ribbentrop zur Lehre von der Correal-Obligationem; Gottingen, 1531, 8. (Ce livre ne rentre dans mon sujet que d'une manière partielle et indirecte, mais il est d'une grande importance pour l'établissement des vrais principes sur la matière.)

Goschen Vorlesungen. I, § 156-169.

Le concours des actions a été envisagé par les auteurs modernes d'une manière si diverse, que l'on croirait à peine qu'ils traitent le même sujet. Ici les divergences ne portent pas, comme dans la plupart des matières, sur le résultat de la recherche, c'est-à-dire, sur la solution du problème, mais bien sur le sens et sur la position du problème lui-même.

La question qui nous occupe peut se traduire ainsi en termes généraux : Quand il y a coexistence de plusieurs actions, quelle est son influence sur l'efficacité de chacune d'elles? On voit au premier abord que cette influence ne saurait s'exercer sans un lien de dépendance qui

établisse entre ces diverses actions une identité totale ou partielle. Maintenant, en quoi consiste l'identité susceptible d'une pareille influence? Voici les divers rapports qui pourraient établir cette identité entre plusieurs actions : l'origine commune des actions; la similitude de leur nature désignée par un nom commun; l'identité des personnes entre lesquelles elles s'exercent; un objet commun. Par contre, il faudrait dire que la diversité d'origine, ou du nom des actions, des personnes, ou de l'objet, détruit toute identité entre ces actions, et que dès lors aucune ne doit avoir d'influence sur l'efficacité de l'autre. L'examen de ces différents rapports possibles nous montrera que les trois premiers n'ont en réalité aucune influence, et que le dernier, la communauté d'objet entre plusieurs actions, est le seul influent.

I. La parité ou la diversité d'origine entre plusieurs actions est chose indifférente pour l'objet qui nous occupe (*a*).

L'offense dirigée contre une femme mariée engendre, par un seul et même fait, deux rapports juridiques, une injure contre la femme, une in-

(*a*) Quelquefois la similitude d'origine n'est qu'apparente et non pas réelle. Ainsi, quand un cheval loué est tué par le locataire, ce fait ne donne lieu qu'à l'*actio L. Aquiliæ;* la *locati actio* résulte du contrat de louage antérieur. Par rapport à cette dernière action, la mort du cheval est simplement un fait qui ne dispense pas le locataire de restituer la chose.

jure contre le mari. Aucune de ces deux actions d'injures ne limite l'efficacité de l'autre. Le même vol engendre une condiction et une action pénale, la *furti actio*, et chacune subsiste indépendamment de l'autre (*b*).

Quand, au contraire, un animal a été volé, et ensuite a été tué par le voleur, les actions résultant de ces deux délits ont une origine entièrement différente (*c*); mais, en ce qui touche la réparation du dommage, l'une est absorbée par l'autre (*d*).

(*b*) C'est à un fait ayant différentes conséquences juridiques que se rapporte la L. 1, § 22, de tutelæ (XXVII, 3); « ut quis « dicat *plures esse actiones ejusdem facti.* » Ces mots n'expriment qu'une opinion hypothétique condamnée par l'auteur). — De même, la L. 9, C. de accus. (IX, 2) : « *Si ex eodem facto* « *plura crimina nascuntur,* et de uno crimine in accusationem « fuerit deductus, de altero non prohibitur ab alio deferri. « Le sens de ce texte ressort du rapprochement de la L. 14, de accus. (XLVIII, 2) : « Senatus censuit, ne quis *ob idem crimen pluribus legibus* reus fieret. » Il est ici question d'un fait n'ayant qu'une seule conséquence juridique, mais puni par diverses lois pénales successives, et l'on dit que la dernière loi pénale substitue une nouvelle peine à l'ancienne, mais ne lui en ajoute pas une seconde.

(*c*) C'est à un cas semblable où concourent deux faits matériels différents, que se rapportent les L. 76, § 1, in f. de furtis (XLVII, 2) : «.... quia *ex diversis factis* tenentur. » L. 32, § 1, ad L. Aqu. (IX, 2) : «.... *duo* enim sunt *delicta.* » L. 48 eod. «..... quia *alterius et alterius facti* hæ res sunt. »

(*d*) L. 2, § 3, de pr. delictis (XLVII, 1). Après la *condictio furtiva,* l'*actio L. Aquiliæ* ne subsiste plus que pour l'estimation supérieure à la valeur réelle. D'où il résulte, 1° qu'elle ne peut

II. Il est également indifférent, pour l'objet qui nous occupe, que deux actions aient ou n'aient pas le même nom.

Dans l'exemple déjà cité d'offense contre une femme mariée, l'action du mari comme celle de la femme, est appelée *actio injuriarum*, et elles n'en sont pas moins indépendantes.

Au contraire, le propriétaire volé a contre le voleur la revendication et la condiction; quoique ces deux actions soient d'espèce différente, l'une est absorbée par l'autre (*e*).

III. Que les personnes figurant dans plusieurs actions soient ou non les mêmes, cela n'a en soi aucune influence.

Quand il intervient entre les mêmes personnes d'abord un prêt, puis une vente, et enfin un contrat de louage, ces actes engendrent entre ces personnes trois actions, mais absolument indépendantes.

Quand, au contraire, deux individus se concertent pour en tromper un autre, ce dernier a contre chacun d'eux une action en réparation de la totalité du dommage; mais une de ces ac-

être invoquée pour obtenir la simple valeur; 2° réciproquement, que si l'*actio L. Aquiliæ* a été exercée d'abord, la condiction ne subsiste plus.

(*e*) Ainsi donc, quoiqu'il y ait ici *diversum genus actionis*, ou *aliud genus judicii*, comme s'expriment à une autre occasion la L. 5 et la L. 7, § 4, de exc. rei jud. (XLIV, 2), on n'a pas égard à cette circonstance.

tions absorbe l'autre, bien que les défendeurs soient deux personnes distinctes.

La diversité des personnes, bien qu'indifférente en soi, mérite cependant une attention particulière, quand elle coïncide avec l'identité véritable des actions. Sous ce nouveau point de vue, j'en parlerai bientôt avec plus de détails.

IV. Reste donc comme seule circonstance décisive la communauté entre plusieurs actions de l'*objet juridique*, ou du *but* (*f*). Elle seule constitue l'identité qui donne à une action de l'influence sur une autre. Le principe très-simple, qui trouve ici son application, peut se traduire par la formule suivante :

La chose que nous avons obtenue en vertu d'une action ne peut pas être réclamée une seconde fois par une action nouvelle.

Ce principe, qui paraît ici si simple et si incontestable, ne l'était pas pour les Romains, surtout à toutes les époques. D'abord, on peut dans plusieurs cas discuter la question de savoir si les

(*f*) Il ne s'agit donc pas ici du même objet matériel. La même maison ou le même cheval peuvent donner lieu à diverses actions qui n'aient entre elles aucun point de contact. Quand, au contraire, plusieurs actions ont pour but l'indemnité de la même perte, ou le recouvrement de la même possession, elles ont un objet *juridique* commun. Voilà ce qu'expriment les textes suivants du droit romain : § 1, J. de duob. reis (III, 16) : « in utraque tamen obligatione *una res vertitur.* » L. 3, § 1 eod. (XLV, 2) : « cum una sit obligatio, *una et summa est.* »

deux actions ont effectivement un seul et même objet. Ensuite, il y avait dans l'ancien droit romain le principe de la consommation de la procédure, qui avait donné naissance à l'ancienne *exceptio rei in judicium deductæ* et *rei judicatæ*, et qui se réflétait sur le concours des actions. Ces deux circonstances avaient soulevé de graves controverses parmi les anciens jurisconsultes eux-mêmes (*g*). Les compilateurs voulurent effacer toutes traces de la consommation de la procédure, institution abandonnée, et de ces controverses, et ils cherchèrent autant que possible à atteindre ce but par le choix des textes, et aussi par de nombreuses interpolations. Voilà pourquoi l'exégèse donne ici des résultats moins nets et moins satisfaisants que dans beaucoup d'autres matières.

Avant de suivre le principe dans ses applications particulières, je dois parler de la doctrine adoptée par les auteurs modernes, et de la phraséologie qui en est la conséquence ; car elle est si répandue, qu'on la transporterait involontairement dans la discussion, et elle nuirait à sa clarté si je n'avertissais d'avance le lecteur.

Les auteurs modernes donnent pour base à

(*g*) Une trace évidente de ces controverses et des précautions auxquelles elles donnaient lieu, se trouve dans la L. 18, § 3, de pec. const. (XIII, 5) : « Vetus fuit dubitatio.... Et *tutius est* dicere.... » Ici l'on avait précisément en vue la consommation de la procédure.

leur doctrine la division suivante du concours des actions (*h*). Le concours est ou subjectif (entre les mêmes personnes), ou objectif (entre différentes personnes). Le concours objectif est cumulatif, électif, successif, selon que les actions peuvent être exercées l'une après l'autre, ou qu'une seule exclut les autres, ou qu'elles peuvent être toutes exercées, mais dans un ordre déterminé. — Un exposé complet de cette doctrine devrait donc contenir les règles spéciales à chaque espèce de concours.

Je ne saurais admettre comme vraie la théorie représentée par ces expressions techniques. D'abord, on doit rejeter absolument la division principale, ou concours subjectif et objectif. En effet, on a vu plus haut que, pour déterminer si une action a de l'influence sur une autre, la circonstance qu'elles se rapportent aux mêmes personnes ou à différentes personnes n'est nullement décisive; ainsi l'influence peut ne pas exister entre les mêmes personnes, et elle peut exister entre personnes différentes. Une division principale fondée sur la diversité des personnes ne saurait donc servir de base à la matière du concours des actions. Ce qu'il y a à dire du concours par rapport aux différentes personnes sera mentionné en son lieu. On pourrait dire à peu près :

(*h*) Mühlenbruch, I, § 140. Göschen, Vorlesungen, I, p. 448.

Tout concours est de son essence objectif (à cause de la communauté de l'objet), et quelquefois il est en même temps subjectif; néanmoins, il vaut mieux éviter tout à fait ces expressions, qui obscurcissent la chose au lieu de l'éclaircir.

Voici ce que l'on appelle concours successif. Il y a certains droits subordonnés les uns aux autres, de sorte qu'une action doit servir de préparation aux autres. Ainsi, par exemple, l'*actio ad exhibendum* est le préliminaire de la revendication (*i*), la *hereditatis petitio* s'exerce avant l'*actio familiæ herciscundæ* (*k*); la revendication avant l'*actio communi dividundo* (*l*); la revendication avant la *confessoria actio* (*m*); l'action contre le débiteur principal avant celle contre la caution ou le possesseur du gage (*n*). Ce rapport entre diverses actions peut avoir des causes très-différentes, et l'on ne saurait établir ici de règle générale, puisque chaque cas de cette espèce a une nature individuelle. Ce rapport n'a point de liaison intime avec le concours des actions, et son véritable caractère ne peut qu'être obscurci par un semblable rapprochement.

On a vu ce que l'on doit penser du concours

(*i*) L. 23, § 5, de rei vind. (VI, 1.)
(*k*) L. 1, § 1, fam. herc. (X, 2).
(*l*) L. 18, de except. (XLIV, 1).
(*m*) L. 16, de except. (XLIV, 1).
(*n*) A cause de ce que l'on appelle beneficium excussionis.

subjectif et successif; il nous reste à examiner le concours cumulatif et électif. Ici encore, nous ne trouvons pas une espèce particulière, car toute la question se réduit, au contraire, à savoir si plusieurs actions qui existent simultanément sont exclusives l'une de l'autre. Sans doute, on peut poser la question en ces termes : Y a-t-il entre deux actions données un rapport de concours électif ou cumulatif? Mais pour employer cette expression, il faut d'abord étendre l'idée de concours, et y joindre celle de coexistence. Néanmoins, cette manière de s'exprimer ne rend pas la chose plus claire, et l'on peut dire avec beaucoup plus de clarté et de simplicité : Y a-t-il entre deux actions données rapport de concours? On n'eût vraisemblablement jamais imaginé ces mots techniques, s'il n'y avait pas plusieurs cas où le concours n'est qu'apparent (*o*).

(*o*) Telles sont, par exemple, la *condictio furtiva* et la *furti actio* résultant du même vol, l'action d'injures du mari et de la femme, si l'injure à été faite à la femme. Quand, d'un autre côté, intervient entre les mêmes parties, d'abord un prêt, puis une vente, il n'y a pas même l'apparence de connexion entre les deux actions, et, à de semblables cas, on n'eût jamais appliqué l'expression de *concours*. Dans les premiers cas cités, au contraire, les deux actions semblent avoir une seule et même origine. Quand on leur applique la désignation de concours cumulatif, on veut dire en réalité : actions où il y a concours apparent, et néanmoins aussi distinctes que le seraient ailleurs l'action résultant du prêt et celle résultant de la vente. Mais il n'est pas logique de représenter comme une espèce de concours une simple

Sans doute, il faut signaler ces cas, afin de ne point leur appliquer les règles établies pour le concours, mais faire de ces cas une espèce particulière de concours. Voilà ce que rien ne justifie.

Enfin, plusieurs auteurs modernes ont rattaché au concours des actions, l'importante matière de l'autorité de la chose jugée, parce qu'en effet l'*exceptio rei judicatæ*, telle qu'elle existe en droit romain actuel, est aussi applicable au concours des actions (*p*). Mais ce n'est là que l'extension de ce qui s'applique, quand on présente pour la seconde fois une seule et même action, et ces deux cas ne peuvent être bien compris isolés l'un de l'autre. Il est donc plus convenable de ne point aborder ce sujet, et de traiter l'autorité de la chose jugée à la place qui lui appartient, et comme une matière spéciale.

§ CCXXXII. *Extinction du droit d'action.* II. *Concours. Première classe d'actions. Concours complet.*

J'ai posé § 231 ce principe général sur le concours des actions :

La chose que nous avons obtenue en vertu

apparence, que, du reste, on doit toujours réduire à sa juste valeur.

(*p*) Ainsi Thibaut, dans l'ouvrage cité au commencement de ce paragraphe, et Kierulff, Theorie, I, p. 241 sq.

d'une action, ne peut pas être réclamée une seconde fois par une action nouvelle.

Il s'agit maintenant de rattacher ce principe aux règles plus générales déjà exposées (§ 230), sur l'extinction des droits d'action, puis de le montrer dans ses différentes applications.

J'ai dit plus haut que tout droit d'action est éteint quand le demandeur a déjà obtenu satisfaction par une autre voie que cette action. Cela arrive quand une action qui existait concurremment a opéré cette satisfaction. — Quelquefois, la première action a pour résultat de détruire immédiatement l'autre, c'est-à-dire quand ce résultat est à la fois l'anéantissement du droit même qui sert de base à la seconde action. J'entrerai plus bas (§ 236) dans de nouveaux détails relativement à cette distinction fondée sur l'essence des rapports de droit, mais dont les conséquences sont insensibles pour la pratique.

L'application de ce principe nous conduit donc à rechercher dans chaque espèce si le résultat obtenu par une action est ou non identique au résultat poursuivi par une autre action. Dans le premier cas, la seconde action est absorbée par la première; dans le second cas, elle peut être exercée avec tous ses effets. D'après la phraséologie adoptée jusqu'à présent (§ 231), on dirait qu'il y a dans le premier cas concours électif; dans le second, concours cumulatif des deux ac-

tions. Je crois qu'il vaut mieux exprimer cette distinction en disant que dans le premier cas le concours existe, et qu'il n'existe pas dans le second.

Maintenant il y a beaucoup de cas intermédiaires, c'est-à-dire que souvent le résultat poursuivi par la seconde action est en partie identique avec le résultat obtenu par l'action déjà exercée. Alors la seconde action, absorbée pour la partie identique, continue de subsister pour la partie non identique.

D'après cela, on voit que les cas où plusieurs actions coexistent, peuvent se diviser en trois classes.

Première classe. Concours complet. La seconde action est totalement absorbée par le résultat de la première. (Dans le langage généralement adopté : concours électif.)

Seconde classe. Concours partiel. La seconde action est absorbée en partie par le résultat de la première.

Troisième classe. Absence de concours. La sesonde action peut être exercée après la première et avoir tous ses effets. (Concours cumulatif.)

Première classe. Concours complet.

La règle, que la seconde action se trouve ici totalement absorbée par la première, est reconnue dans le texte suivant d'Ulpien (*a*) :

(*a*) L. 43, § 1, de R. J. (L. 17), empruntée à Ulp., lib. 28, ad ed.

Quotiens concurrunt plures actiones *ejusdem rei nomine*, una quis experiri debet.

Ces mots *ejusdem rei nomine* sont susceptibles de deux acceptions. Ils peuvent signifier : plusieurs actions résultant d'un même fait, ou : ayant le même objet. Si l'on adoptait le premier sens, la proposition serait évidemment fausse (§ 231). Reste donc le second comme le seul possible. Cette interprétation est en outre confirmée par l'ensemble du texte, car, immédiatement avant la phrase citée, on lit : Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit (*b*). Ulpien veut évidemment signaler ici une différence entre la position du défendeur et celle du demandeur ; celui-là pouvait employer à la fois plusieurs moyens de défense, la négation et l'exception ; parmi plusieurs actions concourant au même but, le demandeur ne pouvait en exercer qu'une seule (*c*). On peut encore

(*b*) L. 43, p. eod.

(*c*) La différence signalée ici par Ulpien, entre les moyens de droit du défendeur et ceux du demandeur, est plus apparente que réelle, en ce sens que le défendeur, malgré la diversité de ses moyens, a aussi un but unique, le rejet de la demande. Mais voici la différence pratique existant entre la position des deux parties. Le demandeur ayant plusieurs actions, s'il succombe dans celle qu'il a choisie, ne peut plus exercer les autres ; le défendeur peut présenter à la fois tous ses moyens de défense, et, pourvu qu'un seul soit reconnu bien fondé, le rejet de tous les autres ne lui cause aucun préjudice.

invoquer, l'appui de cette interprétation, un autre texte d'Ulpien : en parlant de plusieurs actions ayant le même objet, il les appelle *de eadem re* (*d*).

Nous trouvons de nombreuses applications de cette règle, tant à des actions entre les mêmes personnes, qu'à des actions entre personnes différentes.

Entre les mêmes personnes, ce rapport nous apparaît dans les cas si nombreux et si variés, où une condiction, ordinairement la *condictio furtiva*, concourt avec une *bonæ fidei actio*, par suite de la réunion de ces deux circonstances qu'une des parties n'a point exécuté un contrat, et s'enrichit injustement aux dépens de l'autre partie (*e*). Alors la partie lésée a, pour se faire indemniser, la condiction et l'action résultant du contrat; mais son but une fois atteint au moyen de l'une de ces actions, l'autre se trouve par cela même absorbée. Nous voyons les actions résultant de divers contrats concourir avec une condiction; mais toujours on observe qu'une seule des deux actions en concours peut être réellement exercée. Voici les noms de ces contrats :

(*d*) L. 5, de exc. rei jud. (XLIV, 2) : « De eadem re agere « videtur, et qui non eadem actione agat.... Recteque ita defi- « nietur, eum demum de (eadem) re non agere, qui prorsus *rem* « *ipsam non persequitur*.... »

(*e*) Cf. Appendice XIV, num. VI.

1) Pro socio, mandati, negotiorum gestorum (*f*).

2) Locati (*g*).

3) Commodati (*h*).

Il convient d'y ajouter les cas suivants de concours :

4) *Condictio furtiva* avec la revendication (*i*).

5) *Condictio furtiva* avec l'actio rationibus distrahendis (*k*).

6) *Tutelæ* et *rationibus distrahendis* (*l*).

(*f*) L. 45, 47, pr. pro soc. (XVII, 2.)

(*g*) L. 35, § 1, loc. (XIX, 2), L. 34, § 2, de O. et A. (XLIV, 7.)

(*h*) L. 34, § 1, de O. et A. (XLIV, 7), L. 71, pr. de furtis (XLVII, 2). Dans ce dernier texte il faut entendre, par *furti actio*, la *condictio furtiva* (c'est-à-dire la furti *condictitia* actio). Cette expression a aussi le même sens dans les textes suivants : L. 14, § 16, de furtis (XLVII, 2), L. un. C. quando civ. actio (IX, 31), Paulus, II, 31, § 34; cf. Cujacius, obs. XVII, 12, Donellus, § 15.

(*i*) L. 9, § 1, de furtis (XLVII, 2).

(*k*) L. § 1, tutelæ (XXVII, 3), L. 55, § 1, in f. de administr. (XXVI, 7.)

(*l*) L. 1, § 21, tutelæ (XXVII, 3). Ce texte, dans l'esprit de son auteur, s'appliquait certainement à la consommation de la procédure; dans le Digeste, il doit être pris comme les autres cas de concours énumérés ici, c'est-à-dire, que l'on doit sous-entendre le résultat de l'action. Cf. sur ce texte Ribbentrop, p. 56-58, sur le rapport de ces deux actions entre elles, § 212, et sur l'application de notre texte en droit moderne, § 235, *g*.

7) *Communi dividundo* et *pro socio,* à cause des fruits et des déboursés (*m*).

8) *Doli* et *quod metus causa* (*n*).

J'observe néanmoins que les cas de concours ici mentionnés n'appartiennent pas toujours à la première classe; souvent aussi ils appartiennent à la seconde, et cela dépend des circonstances particulières de chaque espèce. En effet, quand l'objet des deux actions a précisément la même étendue, le cas rentre dans la première classe (*o*); il en est de même quand l'action la plus large a été exercée d'abord et a produit ses effets (*p*). Si au contraire l'action plus restreinte avait été intentée d'abord, le cas rentrerait dans la seconde classe, car la seconde action peut encore être exercée pour la partie de son objet que le demandeur n'a point obtenue en vertu de la première action (*q*).

(*m*) L. 38, § 1, pro soc. (XVII, 2.)

(*n*) L. 14, § 13, quod metus (IV, 2). La contradiction de ce texte avec la L. 1, § 4, de solo (IV, 3), dont se sont occupés plusieurs auteurs, est en dehors de mon sujet.

(*o*) Quand, par exemple, celui qui loue un cheval le vole, et que son contrat l'oblige seulement à le restituer, ce qui est aussi l'objet de la *condictio furtiva*.

(*p*) Quand, par exemple, dans le cas de la note *o*, le prix de la location reste dû, en partie, et que par l'exercice de l'*actio locati*, on a obtenu la restitution du cheval et le prix de la location.

(*q*) Ainsi, lorsque, dans le cas de la note *p*, on a d'abord exercé la *condictio furtiva*, pour obtenir la restitution du cheval, on peut toujours réclamer le prix de la location en vertu de l'*actio*

Le concours ressort d'une manière plus nette et plus tranchée dans les actions *entre personnes différentes* (*r*), parce que ordinairement il y a parité complète entre les objets de chacune des actions. Le lien qui les unit peut être plus ou moins intime, et voici les divers degrés dont cette affinité est susceptible (*s*) :

A) *Identité* de l'obligation, de sorte qu'une seule et même obligation lie réellement plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs (*t*). Il n'y avait chez les Romains que trois manières possibles d'opérer cette identité. Premièrement, une stipulation faite en commun par plusieurs personnes pour le même objet (*duo rei*), et à ce cas appartient aussi la *fidejussio*. Deuxièmement, tout contrat fait en commun, où plusieurs personnes contractaient absolument la même obligation, et dès lors répondaient réciproquement de sa violation (*u*). Troisièmement, le testament. Le premier cas n'existe plus en droit moderne, et ainsi la reconnaissance de ce rapport de droit dépend tou-

locati; et, dès lors, ce cas rentre dans la seconde espèce de concours.

(*r*) Ainsi, dans ces différents cas, d'après la phraséologie ordinaire, le concours est subjectif.

(*s*) Ribbentrop, p. 83, 258, où ces cas sont traités d'une manière très-satisfaisante.

(*t*) Ribbentrop, p. 106, 110, 117, 170-178, 258. — Les deux actions avaient alors une seule et même *intentio*.

(*u*) L. 9, de duobus reis (XLV, 2).

jours de l'interprétation de l'acte, tandis que chez les Romains les cas les plus importants de ce genre étaient mis hors de doute par les formes consacrées de sa stipulation. — Cette identité existe encore, et indépendamment de toute déclaration de volonté dans les cas de l'*actio exercitoria, institoria, de peculio, de in rem verso, quod jussu*, parce que l'obligation de l'entrepreneur, du père, etc., est toujours identique à celle du préposé ou du fils (*v*).

B) Simple *solidarité* (*w*). Quand plusieurs personnes se réunissent pour commettre un délit, chacune d'elles est coupable du délit tout entier. Chacun est alors personnellement débiteur, et l'on ne peut pas dire, comme pour les *correi*, qu'une seule et même obligation s'étend à plusieurs personnes. Le dommage souffert étant un fait simple, la dette de chacun a la même quotité; mais comme l'indemnité une fois payée anéantit le dommage, le payement fait par l'un des débiteurs libère les autres (§ 211, *c*.). Le même rapport se présente souvent entre cotuteurs, et entre plusieurs personnes qui ont reçu une chose en commun à titre de commodat ou de dépôt, sans contracter une obligation complétement identique, comme

(*v*) Keller, Litiscontestation, p. 420 sq.

(*w*) Ribbentrop, p. 44, 56, 90, 121.

dans les cas mentionnés plus haut A) (x).

C) Enfin, il y a un cas où la solidarité n'est pas véritable, et qui par conséquent ne présente qu'un concours unilatéral et restreint. Ainsi, quand un cautionnement est fourni sous la forme d'un mandat, le créancier se trouve avoir deux débiteurs auxquels il peut s'adresser. S'il poursuit le débiteur principal, et qu'il en reçoive son payement, le *mandator* se trouve libéré, puisque l'action du mandat n'a plus d'objet, mais le payement exigé du *mandator* ne libère point le débiteur principal (y).

§ CCXXXIII. *Extinction du droit d'action. — II. Concours. Seconde classe d'actions. Concours partiel.*

Seconde classe. Concours partiel. Ici la seconde action peut encore être exercée, mais sauf déduction de la somme déjà reçue. Ce cas peut se présenter dans des circonstances diverses; tantôt la seconde action renferme plusieurs objets qui n'étaient pas contenus dans la première (§ 232, q); tantôt elle procure des avantages accessoires, par exemple, un mode particulier d'estimation (a); tantôt comme *actio mixta,* elle s'applique à l'in-

(x) L. 1, § 43, depositi (XVI, 3), L. 9, 22 eod, L. 5, § 15, commod. (XIII, 6.)

(y) L. 28, mandati (XVII, 1), Ribbentrop, p. 84.

(a) Voy., plus bas, note i.

demnité et à la peine, tandis que la première n'avait que l'indemnité pour objet (*b*). J'ai déjà observé plus haut qu'il y avait plusieurs actions où les circonstances particulières de chaque espèce déterminaient si leur concours rentrait dans la première ou dans la seconde classe (§ 232, *o*, *p*, *q*.)

Le principe relatif à cette classe est posé dans le texte suivant de Paul, dont le sens n'est nullement douteux, bien qu'une de ses parties soit obscurcie par une leçon évidemment fausse (*c*) :

Si ex eodem facto duæ competant actiones, postea judicis potius partes esse, *ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat :* si tantumdem, aut minus, id consequatur.

Si notre texte finissait avec les mots imprimés en italiques, son sens ne présenterait pas le moindre doute; mais ces mots déterminent si impérieusement la conclusion, qu'une rectification du texte a été jugée nécessaire par ceux

(*b*) Quand une chose a été volée, on peut d'abord exercer la *condictio furtiva* en indemnité; ensuite reste l'*actio vi bonorum raptorum* (L. 2, § 26, vi bon. rapt., XLVII, 8), non plus en indemnité, mais comme moyen d'obtenir le triple de la valeur à titre de peine. — Il en était de même quand on exerçait d'abord l'action résultant du contrat, puis l'*actio L. Aquiliæ*, car, par le mode d'estimation, celle-ci peut contenir une peine. Je reviendrai sur ce dernier cas dans la suite de ce paragraphe.

(*c*) L. 41, § 1, de O. et A. (XLIV, 7), empruntée à Paulus, lib. 22, ad ed.

même qui répugnent le plus à de semblables corrections. Le changement le plus simple serait de lire, au lieu de *id* consequatur, *nihil* ou *nil* consequatur (*d*). Une correction qui se rapprocherait davantage du texte des manuscrits est : id *non* sequatur (*e*). Dans l'une et l'autre hypothèse, le sens est absolument le même. — On ne saurait douter que Paul ne veuille exprimer le principe ici énoncé. Mais il implique, comme condition, la communauté totale ou partielle de *l'objet* des deux actions; sans cela on ne pourrait parler, ni de *plus*, ni de *moins*, ni de *tantumdem*. Néanmoins Paul exprime comme condition, non la communauté de l'objet, mais la communauté d'origine (*ex eodem facto*), circonstance qui se rencontre souvent, mais n'est pas du tout décisive (§ 231). Ce faux point de vue conduit Paul à appliquer ce principe, non-seulement aux actions dont je parle, et auxquelles il appartient effectivement, mais aux diverses actions pénales résultant d'un même délit, auxquelles il n'appartient pas. J'aurai plus bas (§ 234) occasion de revenir sur cette erreur; mais je devais en indiquer ici la source.

(*d*) Cujacius, Observ., III, 25.

(*e*) Pagenstecher, Admonitoria ad Pand., P. 6, § 289. Il n'y a ainsi qu'une lettre de changée. On peut encore ajouter une seconde gémination et lire : id *non* consequatur, ce qui rend l'expression du texte moins forcée.

On trouve des applications certaines de notre principe dans les cas suivants :

On exerce d'abord l'*actio communi dividundo*, puis on intente l'*actio pro socio*. Cette seconde action est admissible, mais sauf déduction de ce que le demandeur a déjà reçu en vertu de la première (*f*).

Après la *condictio furtiva*, l'*actio pro socio* n'est admissible que si elle a pour objet un intérêt autre, et dès lors plus élevé que celui résultant du vol (*g*).

Quand à un acte de vente on ajoute une peine conventionnelle, l'*actio venditi* concourt avec l'action résultant de la stipulation. Mais si la première a déjà été exercée, la seconde n'est admise que si la peine est supérieure à l'intérêt déjà satisfait; réciproquement, l'*actio venditi* ne peut s'exercer que quand elle offre un intérêt supérieur à la peine déjà prononcée, et ainsi dans ces deux cas le demandeur ne peut réclamer que l'excédant (*h*).

Quand un propriétaire volé a été indemnisé en vertu de la *condictio furtiva*, il peut encore

(*f*) L. 43, pro soc. (XVII, 2) : «.... *hoc minus* ex ea actione « consequitur, quam ex prima actione consecutus est. »

(*g*) L. 47, pr. pro soc. (XVII, 2) : « Sed si ex causa furtiva « condixero, cessabit pro socio actio, *nisi si pluris mea inter-* « *sit.* »

(*h*) L. 28, de act. emti (XIX, 1).

revendiquer la chose contre le voleur; mais auparavant, il doit rendre la somme que lui a procurée la condiction. Le voleur doit alors restituer la chose en nature, et s'il s'y refuse, il supporte les conséquences du *jusjurandum in litem* (*i*).

Les applications les plus nombreuses et les plus variées sont celles que présente l'*actio L. Aquiliæ,* qui concourt avec une action résultant d'un contrat. Quand le locataire, le commodataire, etc., détruit ou endommage la chose, le propriétaire a contre lui les deux actions ci-dessus nommées. Mais comme leur objet principal et direct est une indemnité, l'une se trouve ordinairement absorbée par l'autre. L'*actio L. Aquiliæ* offre quelquefois plus d'avantages, à cause de l'estimation artificielle qu'elle permet. Si donc l'action résultant du contrat a été exercée d'abord, d'après notre principe, l'*actio L. Aquiliæ* peut encore être intentée, mais seulement pour la différence que donne l'estimation artificielle, et qui est réellement une peine. On pourrait objecter qu'ici la peine ne consiste pas en une somme distincte, mais en une estimation plus élevée du dommage, et qu'ainsi elle est inséparable de l'indemnité.

(*i*) L. 9, § 1, de furtis (XLVII, 2) : «.... quod si ex condic-« tione ante damnatus reus litis æstimationem sustulerit, ut aut « omnimodo absolvat reum, aut, quod magis placet, si paratus « esset petitor æstimationem restituere, nec restituetur ei homo : « quanti in litem jurasset, damnaretur ei possessor. »

Mais l'objection tombe si l'on réfléchit que le but est atteint d'une manière aussi certaine que sûre, en déduisant de la somme supérieure la somme moindre déjà payée, et c'est effectivement ainsi que l'on procède dans les autres cas énumérés ci-dessus (notes *f*, *g*, *h.*). — Les sources du droit nous donnent, sur la question qui nous occupe, les décisions suivantes. Plusieurs textes disent, en termes généraux, qu'en semblables circonstances, chacune des deux actions est absorbée par l'autre, de sorte qu'une seule peut s'exercer, et alors notre principe n'aurait pas ici d'application. Ces textes appartiennent à Ulpien (*k*), à Paul (*l*), à Gajus (*m*), et on les explique en disant qu'ils parlent du cas le plus ordinaire, celui où l'action aquilienne et l'action résultant du contrat ont des effets semblables, l'estimation artificielle ne donnant pas une somme plus forte. Cette interprétation est pleinement justifiée par divers textes des mêmes jurisconsultes, où ils reconnaissent expressément l'application de notre principe à l'action aquilienne; mais ils nous parlent de cette application comme

(*k*) L. 27, § 11, ad L. Aqu. (IX, 2). L. 13, de rei vind. (VI, 1.)

(*l*) L. 36, § 2, de her. pet. (V, 3), L. 18, ad L. Aqu. (IX, 2), L. 50, pr. pro soc. (XVII, 1), L. 43, loc. (XIX, 2.)

(*m*) L. 18, § 1, comm. (XIII, 6). Gajus parle dans les mêmes termes du concours de l'*actio locati* avec l'*actio arborum furtim cæsarum*. L. 9, arb. furtim cæs. (XLVII, 7.)

d'une chose rare, facile à mettre en oubli, d'où l'on voit que le silence n'équivaut pas à une négation.

Ainsi Ulpien, invoquant l'autorité de Pomponius, dit que quand le voleur a tué l'esclave volé, le propriétaire peut exercer d'abord la *condictio furtiva,* puis l'action aquilienne, parce que celle-ci est susceptible d'une estimation plus élevée (*n*). Mais voici un autre texte d'Ulpien sur le concours de l'*actio commodati* et de l'action aquilienne encore plus décisif. D'abord il dit en termes généraux, comme dans les textes cités précédemment (note *k*), que chacune de ces actions est absorbée par l'autre, puis il ajoute comme correction : On pourrait prétendre que l'action aquilienne peut toujours être exercée pour la différence, *et cela est fondé en raison* (*o*).

La question est traitée absolument dans le même sens, dans un texte de Paul (*p*), qui néanmoins est moins formel, et en partie obscurci

(*n*) L. 2, § 3, de priv. delictis (XLVII, 1) : « ..... Et scripsit « Pomponius, agi posse, quia alterius æstimationis est legis « Aquiliæ actio, alterius condictio ex causa furtiva : namque « Aquilia eam æstimationem complectitur, quanti eo anno plu- « rimi fuit : condictio autem ex causa furtiva non egreditur re- « trorsum judicii accipiendi tempus. »

(*o*) L. 7, § 1, commod. (XII, 6) : « ..... nisi forte quis dixerit, « agendo cum e L. Aquilia, hoc minus consecuturum, quam ex « causa commodati consecutus est : *quod videtur habere ra- « tionem.* »

(*p*) L. 34, § 2. in f. de O. et A. (XLIV, 7), empruntée à Paulus, lib. sing. de concurrentibus actionibus.

par des difficultés critiques. Il s'agit d'un commodat de vêtements que le commodataire a endommagés; et là-dessus Paul s'exprime ainsi :

Et quidem post legis Aquiliæ actionem, utique commodati finietur : post commodati, an Aquiliæ remaneat *in eo quod in repetitione triginta dierum amplius est,* dubitatur. Sed verius est remanere (*q*), quia simplo accedit, et simplo subducto locum non (*r*) habet.

D'après les mots très-obscurs de la fin, on pourrait croire que Paul, se rendant à l'objection soulevée plus haut, que l'addition de l'action aquilienne est inséparable de son objet principal, refuse absolument l'action aquilienne, et alors on devrait admettre comme authentique la leçon *non* remanere, confirmée d'ailleurs par des manuscrits. Mais deux motifs repoussent cette con-

(*q*) Glossa Accursii : « alias *non*, alias *sine non.* » Les deux leçons ont donc pour elles d'anciens témoignages; la seconde, que je donne dans le texte, est celle du manuscrit de Florence. — On lisait aussi *non* remanere, dans un ancien manuscrit de la bibliothèque municipale de Leipzig, manuscrit qui avait été prêté à Humboldt, et qui, ayant été, par erreur, envoyé à Abo avec sa bibliothèque, a péri dans le même incendie que cette bibliothèque.

(*r*) Cette leçon se trouve dans tous les manuscrits connus. On lit, à la vérité, en marge de l'édition de Baudoza : « in quibusdam « deest hæc etiam negatio; » mais ce n'est pas là un témoignage tout à fait irrécusable. — Cujacius, Observ., III, 25, dit simplement que le *non* doit être ajouté ou effacé dans les deux membres de phrase, et il pense qu'il vaut mieux l'effacer.

clusion et la leçon qui s'y rattache. D'abord le principe posé au commencement de ce paragraphe (note *c*), principe que Paul applique même au delà de ses véritables limites; ensuite, peu de lignes avant notre texte, Paul admet l'action aquilienne après l'action d'injures *in id quod amplius competit*, ce qui implique, par le même motif, son admission après la *commodati actio.* La manière la plus simple d'établir ce sens consiste à lire, comme le propose Cujas, et d'après le témoignage équivoque d'un manuscrit (note *r*) : *locum habet* (sans *non*), et alors notre texte signifie : « L'action aquilienne est encore admissible comme pouvant excéder le *simplum;* et cet excédant forme l'objet pour lequel elle est recevable, même après le payement du *simplum.* » On peut encore essayer de maintenir la leçon du manuscrit de Florence par cette paraphrase qui complète la pensée : « L'action aquilienne subsiste, non comme l'exprime la question, pour le *amplius* seulement (remanere dans le sens de *integram* remanere); mais elle subsiste tout entière; car dans l'action le *amplius* n'apparaît que comme addition au *simplum.* Si donc on veut retrancher le *simplum* de l'action (simplo subducto), le *amplius* ne peut plus être l'objet d'une action (locum non habet). » Ainsi expliqué, notre texte se rapporterait à la rédaction de la formule, dont l'*intentio* ne pouvait jamais dési-

gner le *amplius*, mais bien le *damnum decidi oportere*, c'est-à-dire le *simplum*, et l'élévation de la peine tout ensemble. Resterait la pensée non exprimée, que la réclamation du *simplum* déjà reçu, par une *doli exceptio, per prætorem inhibenda est;* comme on l'a dit au principium pour un cas semblable (*s*). — Ces deux explications donnent le même résultat; mais la première, si l'on admet la correction de *locum habet*, se recommande par plus de simplicité.

§ CCXXXIV. *Extinction du droit d'action. — II. Concours. Troisième classe d'actions. Absence de concours.*

Troisième classe. Absence de concours.

Dans toutes les actions de cette classe, la seconde action peut être exercée avec entière efficacité, bien que la première ait déjà produit tous ses effets.

(*s*) Cette explication se trouve dans A. O. Krug. de Condictione furtiva, Lips., 1830, p. 66. Donellus, § 17, adopte au fond le même sens, mais avec un texte tout différent. Il lit : *non* remanere — locum *non* habet, et il entend que l'action n'existe plus (non remanere), pour le simple *amplius*, parce qu'elle subsiste pour le tout. Dans la pensée de l'auteur, l'action est admissible pour le tout (*simplum* et *amplius*), mais est restreinte à l'*amplius* par la *doli exceptio*. — L'explication adoptée par Thibaut, p. 191, et par d'autres auteurs, est beaucoup plus forcée et moins satisfaisante; il semble que l'on peut invoquer en sa faveur la correction *etsi* simplo, au lieu de et simplo. Cf. Schulting, notæ in Digesta, l. cit.

Cette classe ayant un caractère purement négatif, on peut y comprendre une multitude de cas que personne ne s'attend à voir énumérer ici, notamment toutes les actions qui existent simultanément entre différentes personnes, et résultent d'actes juridiques différents. Si donc plusieurs cas méritent une mention spéciale, ce sont ceux qui offrent une apparence trompeuse de concours, apparence qu'il importe de détruire. On doit ranger dans cette catégorie les actions qui ont une origine commune, qui existent entre les mêmes personnes, ou qui portent le même nom, mais entre lesquelles il n'y a pas de concours à défaut d'un objet commun (§ 231).

A) Je citerai d'abord le cas d'un délit qui engendre une action en indemnité et une action purement pénale. Ces deux actions sont entièrement indépendantes l'une de l'autre.

Telles sont la *condictio furtiva* et la *furti actio*, résultant du même vol, dont l'indépendance réciproque n'a jamais été contestée (*a*). Telles sont encore, d'après une saine interprétation, l'action d'injures et l'action aquilienne, quand un esclave a été maltraité de coups. Ce fait constitue une injure à l'égard du maître, et endommage

(*a*) L. 7, § 1, de cond. furt. (XIII, 1), L. 45, 46, 47, pr. pro soc. (XVII, 2), L. 34, § 2, de O. et A. (XLIV, 7), L. 54, § 3, de furtis (XLVII, 2).

sa propriété ; l'action d'injures a pour objet la peine ; l'action aquilienne, la réparation du dommage (*b*).

Nous retrouvons ici le principe qui régit les actions pénales mixtes. L'*actio vi bonorum raptorum* a pour objet l'indemnité simple, et en outre le triple de la valeur comme peine (*c*). La peine d'un côté, l'indemnité de l'autre, sont ici poursuivies en vertu de la même action, et, dans les cas dont je parle, en vertu de deux actions différentes.

B) L'injure faite à une femme mariée s'adresse en même temps au mari. Ici le même acte engendre deux actions pénales du même nom, et chacune d'elles est tout à fait indépendante du résultat de l'autre (*d*). La punition de chacun de ces délits forme un objet distinct et séparé.

C) Quand plusieurs personnes se réunissent pour voler, chacune d'elles commet le vol tout

(*b*) L. 15, § 46, de injur. (XLVII, 10). Cela n'était point contesté lorsque, dans l'action aquilienne, on regardait l'indemnité comme l'objet principal. A la vérité, Paul (L. 34, pr. de O. et A. (XLIV, 7) l'envisage surtout comme une action pénale, et il applique ainsi, très-mal à propos, le principe du simple *amplius* pour la seconde action. Ulpien pense que cette manière de voir ne donne pas un résultat différent, comme on le verra dans la suite de ce paragraphe.

(*c*) Pr. J. de vi bon. rap. (IV, 2.) — Parmi les anciens jurisconsultes, plusieurs, il est vrai, avaient soutenu que le quadruple était ici purement pénal. Gajus, IV, § 8.

(*d*) L. 1, § 9, de injur. (XLVII, 10) (Ulpien), L. 18 eod. (Paul), L. 41 eod. (Neratius.)

entier, et la circonstance d'avoir été aidé par d'autres ne rend son acte ni plus ni moins punissable. C'est pourquoi l'*actio furti* s'exerce contre chacun des voleurs pour la totalité de la peine, quand bien même les autres auraient déjà acquitté la leur; car la punition de chacun de ces délits constitue un objet distinct (§ 211, *b*).

D) Quand plusieurs individus tuent un esclave, de telle sorte que l'on ne puisse dire lequel a la principale part à sa mort, chacun d'eux doit le montant intégral de l'action aquilienne, comme s'il eût agi seul, et de tout temps les jurisconsultes romains ont été d'accord sur ce point (*d*[1]). Au premier abord on pourrait être tenté de voir là une fausse analogie de la *furti actio*, car il semble que l'indemnité ne doive être payée qu'une fois, et que chacun des complices ne soit redevable en totalité que de l'élévation de la peine. Mais la considération suivante vient justifier cette décision des anciens jurisconsultes. La loi permet à la partie lésée de poursuivre chacun des coupables comme si l'acte n'avait pas été commis actuellement, mais à une époque

(*d*[1]) L. 51, § 1, ad L. Aqu. (IX, 2). « Idque est consequens « *auctoritati veterum :* qui cum a pluribus idem servus ita vul- « neratus esset, ut non appareret cujus ictu perisset, *omnes lege* « *Aquilia teneri judicaverunt.* » L. 11, § 2 eod. Le premier texte est de Julien; le second d'Ulpien, qui invoque l'autorité de Julien.

quelconque de la dernière année. Cette fiction une fois admise, on arrive, pour chacun des coupables, à un moment où les autres n'agissaient pas de concert avec lui ; c'est pourquoi il doit payer la totalité du dommage.

F) Quand un individu a volé une chose, et qu'un autre la lui dérobe, tous deux ont volé le propriétaire de la chose, et celui-ci acquiert en conséquence deux *furti actiones* indépendantes l'une de l'autre (*e*).

E) Quand la même personne commet sur la même chose plusieurs délits à différentes épo-

(*e*) L. 76, § 1, de furtis (XLVII, 2) : « ..... dominus igitur habebit cum utroque furti actionem, ita ut, si cum altero furti « actionem inchoat, adversus alterum nihilominus duret : sed et « condictionem : quia ex diversis factis tenentur. » Observons d'abord que l'indépendance des deux actions n'est admise que pour la *furti actio*, non pour la condiction; car si l'un des voleurs paye le dommage, l'autre voleur se trouve libéré, comme si le vol eût été fait en commun. La principale difficulté résulte de la fin du texte; car, pour le vol fait en commun (*idem factum*), l'action est également admise contre chacun des voleurs; et pour le vol commis isolément, la condiction peut s'exercer indépendamment de la *furti actio*, quoiqu'il y ait sans contredit *idem factum*. L'opposition que veut établir Pomponius, porte sur le cas où le même voleur continue à détenir la chose volée. Cette détention ne constitue qu'un *idem factum*, et ne donne pas lieu à plusieurs *furti actiones*, ou à plusieurs condictions. Voilà le *idem factum* que notre texte fait contraster avec les *diversa facta*..Cf. L. 9 pr., L. 67, § 2, de furtis (XLVII, 2). Il en est de même pour le *damnum*. L. 32, § 1, L. 48, ad. L. Aquil. (IX, 2.)

ques, la peine prononcée pour chaque délit est certainement encourue indépendamment des autres peines (*f*). L'indemnité due pour chaque délit peut avoir aussi une nature tout à fait indépendante (*g*). Si néanmoins une des indemnités égale la valeur intégrale de la chose, il n'y a plus de place pour une autre indemnité partielle (*h*). L'action aquilienne, dont le calcul artificiel peut constituer une peine, fait encore ici exception (*i*).

(*f*) L. 2 pr., § 1, 2, 4, 5, 6, de privat. delictis (XLVII, 1), L. 27, pr. ad L. Aquil. (IX, 2.)

(*g*) L. 32, § 1, L. 48, ad L. Aquil. (IX, 2.) Par exemple, lorsque quelqu'un brise les fenêtres d'une maison, et plus tard endommage le toit.

(*h*) Car, sans cela, une action uniquement destinée à réparer un dommage, procurerait un bénéfice. Ce principe s'applique au cas où plusieurs *mixtæ actiones* ont une semblable origine. Göschen, Vorlesungen, I, 462, 463, observe avec raison que, d'après la généralité des termes de la L. 2, de priv. delictis (note *f*), on pourrait vouloir admettre la même indépendance des actions, quant aux dommages, ce qui serait tout à fait contraire à la pensée d'Ulpien, comme le prouve évidemment le § 3 du même texte.

(*i*) L. 2, § 3, de priv. delictis (XLVII, 1). Si quelqu'un blesse un cheval de prix et le rend boiteux, ce qui peut lui ôter presque toute sa valeur, et qu'ensuite il le tue avant l'expiration de l'année, il devra payer presque le double de la valeur primitive du cheval; car, pour calculer le dommage résultant de sa mort, on se reporte au temps où il n'était pas blessé. — De même, quand quelqu'un blesse un esclave mortellement, et qu'ensuite un autre le tue tout à fait, chacun d'eux paye le dommage comme s'il était le seul meurtrier, sauf une différence dans le calcul du temps où l'esclave avait sa plus grande valeur. L. 51, pr. § 2, ad L. Aquil. (IX, 2). Cf. note d^1.

G) Les cas énumérés dans ce paragraphe n'ont, pour ainsi dire, donné lieu à aucun débat parmi les anciens jurisconsultes; mais le cas dont je vais parler a soulevé parmi eux plus de controverse qu'aucune autre question relative au concours des actions.

Le même acte peut violer différentes lois pénales, et ainsi, quoique simple, considéré en lui-même, il doit, à cause de ses divers rapports, être envisagé comme contenant plusieurs délits. D'après les principes généraux, il n'y a point ici de concours véritable, et chaque loi pénale doit recevoir son application complète. En effet, la communauté d'objet qui est le principe unique du concours (§ 231), ne se rencontre pas ici, et la punition de chacun des délits commis constitue un but spécial et distinct, qui n'a pas d'analogie réelle avec l'indemnité à poursuivre par plusieurs actions. On peut invoquer, à l'appui de cette doctrine, l'exemple de l'injure faite à une femme mariée. Tout le monde reconnaît que cette injure donne lieu à plusieurs actions (note *d*); or, l'acte ne change pas de nature et n'en est pas moins punissable quand les divers délits qu'il renferme sont commis contre une même personne ou contre plusieurs (Cf. note *bb*).

Si donc les jurisconsultes romains sont là-dessus partagés d'opinions, cela tient à la confusion fréquente, mais certainement erronée, de

la communauté d'origine et de la communauté d'objet entre plusieurs actions (§ 231); elle a conduit à admettre dans ce cas une consommation de la procédure qui n'est nullement fondée. Ensuite ils ont été trompés par la similitude apparente du rapport existant entre plusieurs actions pénales et plusieurs actions en réparation de dommage, et enfin par la nature ambiguë des actions pénales mixtes, dont néanmoins les éléments constitutifs peuvent toujours se distinguer sûrement.

Sur les opinions des divers jurisconsultes, voici les renseignements que nous possédons. Modestin applique à ce cas la règle établie pour la première classe (§ 232), et ainsi il n'admet jamais qu'une seule des actions pénales. — Paul applique la règle établie pour la seconde classe (§ 233); et ainsi, après qu'une des actions pénales a été exercée, il admet encore la seconde, mais seulement pour le *amplius*. — Papinien et Ulpien ne reconnaissent pas ici de concours entre les deux actions, et ils laissent à chacune d'elles son plein et entier effet. Hermogenion partage son opinion, et il nous apprend qu'elle a fini par être généralement adoptée.

I. Modestin. Son opinion ne nous est connue par aucune application particulière, mais seulement par la règle générale suivante (*k*) :

(*k*) L. 53, pr. de O. et A. (XLIV, 7), empruntée à Modestinus, lib. 3, regularum.

Plura delicta *in una re* plures admittunt actiones : sed non posse omnibus uti probatum est : nam si *ex una obligatione* plures actiones nascuntur, una tantummodo, non omnibus, utendum est.

Les mots *in una re* équivalent à *ex eodem facto*, ainsi que le montre l'expression *ex una obligatione* employée comme synonyme, *obligatio* étant pris dans le sens très-ordinaire d'un fait qui engendre l'obligation. Ici l'on reconnaît évidemment la confusion de la communauté d'origine avec la communauté de l'objet juridique. — On pourrait croire que Modestin s'exprime d'une manière trop générale, et qu'il n'est pas éloigné d'admettre avec Paul la seconde action pour le *amplius*. Mais Paul lui-même nous parle d'une opinion extrême, telle qu'on l'attribue ici à Modestin, opinion contraire à la sienne (*l*). Modestin l'avait sans doute empruntée à des jurisconsultes anciens, auxquels Paul fait allusion sans les nommer.

II. Paul. J'ai déjà dit (§ 233) que Paul donne trop d'extension au principe établi pour la seconde classe, et d'après lequel l'autre action peut

(*l*) L. 34, pr. de O. et A. (XLIV, 7) :..... sed quidam « altera « *electa*, *alteram consumi*. » Ainsi donc, on donne comme argument décisif précisément la consommation de la procédure. Il s'agit ici de l'action d'injures et de l'action aquilienne, pour coups donnés injurieusement à un esclave étranger.

encore être exercée pour le *amplius*. En effet, il applique ce principe aux actions pénales qui sont hors de son domaine.

Paul n'a pas seulement énoncé son opinion d'une manière abstraite, il en a fait une application très-logique aux cas particuliers suivants :

1) Quand un esclave étranger est battu injurieusement, il admet l'action aquilienne et l'action d'injures, mais celle exercée la seconde pour le *amplius* seulement (*m*).

2) Quand une chose est enlevée à main armée, cela constitue un double délit, la violence et le vol. Après l'*actio furti nec manifesti*, il déclare encore admissible l'*actio vi bonorum raptorum*, mais seulement pour le *amplius* (*n*).

3) De même, quand des arbres ont été coupés, l'action aquilienne et l'*actio arborum furtim cæsarum* (*o*).

On croit communément que dans un autre texte il admet intégralement deux actions pénales : la *furti actio* et l'*actio de rationibus distrahendis* (*p*). Les uns ont accusé Paul d'inconséquence, d'autres ont cru le texte interpolé. Mais il n'y a là ni inconséquence, ni interpolation,

(*m*) L. 34, pr. de O. et A. (XLIV, 7). C'est le même texte où Paul cite en outre des opinions contraires (note *l*).

(*n*) L. 1, vi bon. rapt. (XLVII, 8), L. 88, de furtis (XLVII, 2).

(*o*) L. 1, arborum furtim cæs. (XLVII, 7). L. 11 eod.

(*p*) L. 2, § 1, de tutelæ (XXVII, 3).

car les anciens jurisconsultes ne regardaient pas comme une action pénale l'action contre le tuteur infidèle (§ 212).

III. D'après la saine doctrine qui a fini par triompher chez les Romains, toutes les peines peuvent être appliquées intégralement.

Papinien exprime cette doctrine à l'occasion suivante. Quand une esclave étrangère a été violée, le propriétaire a l'action aquilienne, l'action d'injures et l'*actio servi corrupti,* et il peut les exercer successivement (*q*).

Ulpien exprime cette doctrine tant comme règle générale que comme application particulière; comme règle générale dans les deux textes suivants :

Numquam actiones pœnales *de eadem pecunia* concurrentes alia aliam consumit (*r*).

(*q*) L. 6, ad. L. Jul. de adult. (XLVIII, 5.) « ... nec propter « plures actiones parcendum erit in hujusmodi crimine reo. » Göschen, Vorlesungen, I, p. 459, regarde comme une conséquence spéciale d'un délit aussi grave, que les dommages intérêts doivent être payés intégralement plusieurs fois. Mais cela n'est pas exprimé; d'ailleurs, ces actions peuvent entraîner des dommages-intérêts d'une nature différente (Cf. L. 11, § 2, de servo corr., XI, 3), et le nec *parcendum* indique plutôt une accumulation de peine qu'un payement répété de dommages, dont nous n'avons aucun autre exemple. Les mots *in hujusmodi crimine* n'expriment point un délit d'une gravité ordinaire, ce qui n'était nullement dans les idées des Romains; ils expriment précisément le cas de plusieurs délits renfermés dans un seul et même acte.

(*r*) L. 60, de O. et A. (XLIV, 7), empruntée à Ulpian, lib. 17 ad ed.

Ce texte contredit formellement l'opinion de Paul sur le *amplius*. Car si plusieurs actions pénales ont pour objet *eadem pecunia* (une somme égale), chacune de ces actions est, suivant Paul, exclusive de l'autre. Peut-être le mot *consumit* a-t-il été choisi en vue de la consommation de la procédure, et afin de la dénier; mais cela n'est pas certain, car ce mot peut désigner la consommation du droit lui-même, par suite du payement obtenu en vertu de la première action (*s*).

Le second texte est ainsi conçu :

Numquam actiones, *præsertim* pœnales, *de eadem re* concurrentes, alia aliam consumit (*t*).

Ce texte au premier abord ressemble tellement à celui qui précède, qu'on pourrait lui attribuer le même sens; néanmoins il en a un tout différent. En effet, comme Ulpien parle de *toutes* les actions, et non simplement des actions pénales, il ne saurait dire que quand elles ont le même *objet*, elles ne s'excluent jamais mutuellement, car là nous avons vu la règle contraire établie pour les actions en réparation de dommages (§ 232). On ne peut pas non plus prétendre qu'Ulpien nie seulement la consommation de la procédure, ce qu'exprimerait le mot *con-*

(*s*) Keller, Litiscontestation, p. 483, 494.

(*t*) L. 130, de R. J. (L. 17), tirée de Ulpian., lib. 18 ad ed, c'est-à-dire du même ouvrage que le texte cité note *r*, et même à très-peu de distance.

sumit (*u*) ; car la stipulation où figurent *duo rei* engendre deux actions pour le même objet, et dans ce cas la consommation de la procédure s'opère incontestablement. Ainsi donc les mots : de eadem *re* (comme ex eodem facto) désignent la *communauté d'origine*, et Ulpien veut dire que jamais la communauté d'origine ne détermine seule la consommation de la procédure (*v*). Pour compléter la pensée d'Ulpien, on doit suppléer comme sous-entendu : la seconde action n'est exclue que dans le cas de communauté d'objet, et cette exclusion ne résulte pas toujours de la consommation de la procédure. Cette interprétation donne à l'expression *præsertim* pœnales un sens précis et satisfaisant, car on peut dire des actions pénales qu'elles peuvent *toujours* s'exercer l'une après l'autre, et que jamais elles ne donnent lieu à la consommation de la procédure; or, cela n'est vrai qu'en partie pour les actions en réparation de dommages; le mot *præsertim* exprime cette distinction entre

(*u*) L'incertitude de cette relation a déjà été remarquée pour le premier texte Cf. Keller, Litiscontestation, p. 483, 494.

(*v*) Les mots : « de eadem re » ont donc ici un sens tout différent que les mots : « ejusdem rei *nomine*, » dans le texte du même Ulpien, cité plus haut, § 232, *a*. Cette différence d'interprétation peut surprendre au premier abord; néanmoins il faut nécessairement l'admettre, puisque, dans les deux textes, Ulpien donne des raisons absolument contraires.

les deux espèces d'actions (w). — J'ajoute que le texte d'Ulpien que je viens de commenter a été inséré littéralement dans les Institutes (x), et cette circonstance vient confirmer l'assertion que l'opinion d'Ulpien sur cette question controversée est sanctionnée par la législation Justinienne.

Voici les cas particuliers auxquels Ulpien fait application de la règle générale :

1) L'action aquilienne et l'action d'injures, quand un esclave étranger a été battu ou qu'une esclave étrangère a été violée (y).

2) L'*actio vi bonorum raptorum* à côté de la *furti actio* ou de l'action aquilienne, quand une chose a été enlevée à main armée, ou bien a été endommagée par une réunion de plusieurs individus (*coactis hominibus*) (z).

(w) La partie essentielle de cette explication est déjà dans Göschen, Vorlesungen, I, p. 460.

(x) § 1, J. si quadrupes (IV, 9). La règle est ici invoquée pour établir l'indépendance des deux actions résultant d'un même fait, l'une ayant pour objet l'indemnité, et l'autre la peine.

(y) L. 15, § 46, de injur. (XLVII, 10), L. 25 eod. Paul cite la partie essentielle de cette doctrine, dans la L. 34, pr. de O. et A. (XLIV, 7). « alii.... si ante injuriarum actum esset, teneri eum « ex lege Aquilia. » Si, dans le cas inverse, celui où l'action aquilienne a été d'abord exercée, les jurisconsultes, que cite Paul sans les nommer, refusent absolument l'action d'injures, ce n'est pas qu'ils eussent le moindre doute sur le principe, c'est que les mots *bonum* et *æquum*, contenus dans la formule de l'action d'injures, leur semblaient incompatibles avec l'exercice de cette action quand le dommage avait été déjà réclamé.

(z) A la vérité, la L. 2, § 26, vi bon. rapt. (XLVII, 8), indique

3) La *furti actio* et l'action aquilienne quand un esclave a été dépouillé de ses vêtements, et que par suite il est mort de froid (*aa*).

4) La *furti actio* et l'*actio servi corrupti*, quand quelqu'un détermine l'esclave d'un autre à commettre un vol (*bb*).

Enfin Hermogénien se déclare pour la doctrine professée par Papinien et Ulpien, dans le texte suivant (*cc*) :

Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit cum arbores furtim cæsæ dicuntur, *omnibus experiri permitti, post magnas varietates obtinuit*.

seulement la coexistence de ces actions et de plusieurs autres encore sans exprimer la nature de leur concours; mais la L. 2, § 10 eod., dit formellement : « Ceterum neque furti actio, neque « legis Aquiliæ, *contributæ sunt* in hoc edicto... » C'est-à-dire que leurs peines s'appliquent indépendamment de celles prononcées par cet édit.

(*aa*) L. 14, § 1, de præscriptis verbis (XIX, 5).

(*bb*) L. 11, § 2, de servo corrupto (XI, 3). — Ce cas peut encore être invoqué à l'appui de mon opinion. Ulpien semble n'avoir en vue que le cas où le vol est fait au maître de l'esclave gagné, de sorte que les deux actions appartiennent à la même personne. Mais si le vol était fait à un tiers, personne ne doute que les deux actions ne pussent être exercées intégralement par les deux demandeurs, comme tout le monde le reconnaît dans le cas de deux actions d'injures (note *d*). Or, ce que l'on accorde quand il y a deux demandeurs, ne peut être refusé quand il n'y en a qu'un seul, à moins d'une inconséquence évidente.

(*cc*) L. 32, de O. et A. (XLIV, 7.) Texte de Hermogenianus, lib. 2, juris epitom.

Je regarde ce texte comme entièrement décisif, et aussi comme le dernier mot de la législation Justinienne, non parce qu'Hermogénien est le plus moderne des jurisconsultes cités, car cette circonstance ne serait pas décisive, mais parce que lui-même parle de la grande controverse exposée dans les textes précédents (*post magnas varietates*); puis il ajoute ce fait important que la doctrine plus rigoureuse, celle d'Ulpien, a fini par être généralement adoptée (*obtinuit*). Hermogénien ne nous apparaît point ici comme donnant son opinion particulière sur la question, mais comme racontant la controverse et la décision qui y mit fin. Si maintenant nous rapprochons ce texte de ceux cités plus haut, et qui le contredisent en grande partie, leur ensemble nous offre un de ces cas où Justinien a voulu donner un fragment de l'histoire du droit; car, au lieu d'insérer uniquement la règle qui a terminé ce long débat, il reproduit, dans un assez grand nombre de textes, les diverses opinions des anciens jurisconsultes, pour faire mieux ressortir le sens de la décision définitive. Nous ne devons donc considérer les textes de Modestin et de Paul que comme des témoignages historiques sur le développement progressif de la règle qui nous occupe (*dd*).

(*dd*) Voy. Vol. I, § 44, *s*, où ce mode d'interprétation est établi en principe. — Göschen, Vorlesungen, I, p. 456, 460, 461, ex-

Cette manière d'envisager la chose est encore confirmée par les circonstances suivantes.

Un des cas où Ulpien exprimait son opinion (note *bb*), celui de la *furti actio* avec l'*actio servi corrupti*, a été décidé par Justinien absolument de la même manière ; comme Ulpien, Justinien prononce que les deux actions peuvent s'exercer intégralement (*ee*). Nous voyons ainsi, avec évidence, laquelle des deux opinions il regarde comme fondée.

La même question se présente pour les peines publiques que pour les peines privées, quand plusieurs délits publics sont réunis dans le même acte. Ici nous trouvons établie, et sans aucune trace de contestations antérieures, la règle que toutes les peines encourues doivent être appliquées successivement (*ff*). Il y aurait inconséquence évidente à admettre, pour les peines

prime une opinion un peu différente sur la question spéciale qui nous occupe. Il n'attache pas au texte d'Hermogénien la même importance que moi ; et, des deux règles contradictoires, il ne sait laquelle doit être regardée comme la véritable règle. Quelle que soit, au reste, celle que l'on adopte, les textes contradictoires du Digeste poseraient les exceptions. — Cette dernière proposition me paraît surtout inadmissible, car aucun de ces textes ne présente le caractère d'une exception, et chacun d'eux ne fait qu'appliquer à un cas déterminé la règle admise par son auteur.

(*ee*) L. 20, C. de furtis (VI, 2), § ,8 J. de oblig. ex delicto (IV, 1).

(*ff*) L. 9, C. de accus. (IX, 2.) J'ai déjà reproduit ce texte, § 231, *b*.

publiques, une autre règle que pour les peines privées.

On doit néanmoins ajouter à la règle que je viens de poser ici la restriction suivante. Quand deux actions résultant d'un seul délit ont l'une et l'autre pour objet l'indemnité et une peine, le cumul complet ne s'applique qu'à la peine contenue dans chacune d'elles; l'indemnité déjà obtenue en vertu de la première action ne peut être réclamée par la seconde. Cela s'observe nommément dans le cas dont parle Hermogénien, celui de l'action aquilienne, avec l'*actio arborum furtim cæsarum;* le dommage ne se paye qu'une fois, mais l'élévation de la peine s'applique intégralement dans chacune des actions. Hermogénien n'a point exprimé cette distinction; il faut donc ajouter à sa règle : *en tant que les diverses actions ont pour objet une peine.* Si Papinien et Ulpien n'expriment pas cette restriction, c'est que, dans la plupart des cas de collision entre deux actions, elles ne sont pas mixtes toutes deux, et que l'une d'elles, par exemple, l'action d'injures et la *furti actio*, est purement pénale; et ensuite ces jurisconsultes portaient toute leur attention sur l'objet unique de la controverse, le cumul de plusieurs *peines.* Ulpien, d'ailleurs, indique suffisamment cette restriction; car, dans le texte le plus précis (note *r*), il ne parle que des actiones *pœnales.*

Ainsi, encore, Hermogénien mentionne de grandes controverses; mais, autant que nous le sachions, elles ne portaient que sur la collision des peines. — La légitimité de cette restriction résulte nécessairement de ce que j'ai dit au sujet de la première et de la seconde classe sur le concours véritable (§ 232, 233). L'exclusion totale ou partielle de la seconde action était fondée non sur une loi positive et indulgente, mais sur cette règle naturelle, qu'un dommage déjà réparé n'est plus susceptible de réparation, et que, dès lors, un second payement, au lieu d'une indemnité, constituerait un bénéfice, et, en même temps, une peine. Si donc plusieurs actions, indépendamment de l'indemnité, ont aussi pour objet une peine véritable, cette circonstance, purement accidentelle, ne saurait empêcher l'application de cette règle naturelle. Voici, à l'appui de cette doctrine, un fait qui me semble décisif. Dans le cas de concours de l'action aquilienne avec une action résultant d'un contrat, tous les anciens jurisconsultes, sans exception, reconnaissent que l'action aquilienne, une fois exercée, l'autre action ne peut tout au plus s'exercer que pour le *amplius*, et qu'elle est absorbée en ce qui touche la répartition du dommage (§ 233). Cette décision, qu'ils regardent ici comme incontestable, ils doivent nécessairement l'appliquer au concours de l'action aqui-

lienne avec l'*actio vi bonorum raptorum,* ou *arborum furtim cæsarum,* quant à la partie de ces deux actions ayant l'indemnité pour objet. — Cette restriction nous rapproche, jusqu'à un certain point, de l'opinion de Paul, et nous en explique l'origine. Paul, voyant que ses adversaires n'exprimaient pas cette restriction, et en sentant le besoin, non-seulement il l'exprima, mais il l'exagéra, en l'appliquant dans deux actions à la peine elle-même, application qui dépasse les limites du principe.

La collision entre plusieurs lois pénales, dont j'ai traité dans ce paragraphe, ne doit pas être confondue avec une autre collision du même genre, mais qui n'a avec la première qu'une ressemblance apparente. J'ai parlé jusqu'ici de la réunion de plusieurs délits dans un seul et même acte; mais souvent, pour le même crime ou le même délit, il existe plusieurs lois pénales rendues à différentes époques, et alors, comme pour le concours des actions, se présente la question de savoir si l'on doit appliquer à la fois les différentes peines, ou seulement une d'elles. Le principe établi pour le concours des actions n'est point applicable à ce cas, où il s'agit uniquement de rechercher le véritable sens de la dernière loi pénale, qui peut différer beaucoup. Ordinairement la nouvelle loi est destinée à remplacer l'ancienne, et celle-ci, se trouvant abo-

lie, il n'y a pas de collision. C'est ce que suppose un sénatus-consulte, qui défend : *ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret* (*gg*); et c'est aussi ce que nous voyons appliqué à beaucoup de délits privés (*hh*). — Voici maintenant un cas tout différent. Plusieurs délits privés sont aussi atteints par une peine publique, sans que, néanmoins, les deux peines puissent se cumuler; une seule est applicable au choix de la personne lésée (*ii*). Ce droit d'élection, très-bien approprié au but, est spécialement établi pour le vol (*kk*) et pour l'injure (*ll*). — Mais cette alternative entre les peines publiques et privées n'avait pas toujours lieu; ainsi les publicains subissaient pour leurs délits une peine privée, et en outre une peine publique (*mm*).

(*gg*) L. 14, de accus. (XLVIII, 2.) Voy. § 231, *b*.

(*hh*) La L. Aquilia abolit les lois antérieures sur la matière. L. 1 pr. ad L. Aquil. (IX, 2.) — D'après l'ancien droit, le *furtum manifestum* était puni de l'*addictio;* le préteur introduisit une peine privée, le quadruple de la valeur, et la peine rigoureuse de l'*addictio* se trouva abolie. Gajus, III, § 189; IV, § 111.

(*ii*) Ce droit est posé comme un principe général dans la L. 3, de priv. delictis (XLVII, 1).

(*kk*) L. 56, § 1, L. 92, de furtis (XLVII, 2).

(*ll*) § 10, J. de injur. (IV, 4), L. 35, 45, de injur. (XLVII, 10.) — Anciennement déjà, dans le cas du *libellus,* on pouvait choisir entre l'action privée et le *publicum judicium,* admis en pareille circonstance. L. 6, de injur. (XLVII, 10.) — D'après le droit actuel, on peut encore choisir l'amende honorable ou la rétractation.

(*mm*) L. 9, § 5, ne publicanis (XXXIX, 4) : « Quod illicite....

§ CCXXXV. *Extinction du droit d'action. — II. Concours. Considérations générales.*

Jusqu'ici j'ai développé la règle d'après laquelle, dans les cas de concours véritable, la seconde action se trouve exclue par la première, tantôt en totalité (§ 232), tantôt en partie (§ 233). Je vais maintenant rechercher à quoi, dans la première action, on doit attribuer cette efficacité, et quelles sont les formes du droit employées pour atteindre ce but. Ces deux points offraient, dans l'ancien droit, des complications et des difficultés nombreuses; mais ils sont devenus très-simples dans le droit nouveau.

La première question se résout aisément par le principe établi plus haut pour le concours, qu'une chose déjà obtenue ne peut pas être réclamée par une nouvelle action (§ 231, 232).

De là, il résulte que la *prestation effective* est ce qui exclut la seconde action; et peu importe que cette prestation ait été faite volontairement ou en exécution du jugement, pendant le cours du procès ou antérieurement, mais en vue d'échapper à l'action de la condamnation.

« exactum est, cum altero tanto passis injuriam exsolvitur : « per vim vero extortum cum pœna tripli restituitur : *amplius* « *extra ordinem plectuntur*. Alterum enim utilitas privatorum, « alterum vigor publicæ disciplinæ postulat. » Cela tient à la position particulière des publicains vis-à-vis de l'État.

D'un autre côté, ni l'action exercée, ni la *litiscontestatio*, ni même le jugement prononcé, n'excluent la seconde action (*a*), tant que la prestation effective ne s'en est pas suivie.

Voici comment les anciens jurisconsultes expriment ce contraste :

Perceptione, non litiscontestatione; perceptione, non electione; solutione, non litiscontestatione; ut magis eos perceptio, quam intentio liberet (*b*).

(*a*) Quant au jugement, plusieurs auteurs ont soutenu le contraire, en disant que l'*actio judicati* donne au demandeur un moyen sûr d'obtenir satisfaction, ce qui équivaut à la satisfaction même. Donellus, § 8. Cela est faux évidemment quand l'autre action s'exerce contre une autre personne que le condamné. Par exemple : quand deux individus ayant commis une faute en commun, la *doli actio* peut s'exercer contre chacun d'eux *in solidum*, et que le condamné est insolvable. Mais n'y eût-il qu'un seul défendeur, on ne voit aucun motif pour attribuer cet effet au jugement; car le condamné peut toujours exécuter volontairement la sentence, ce qui éteint toutes les actions. Même dans le cas où il y avait anciennement consommmation de la procédure, l'*exc. rei judicatæ* n'allait pas plus loin que l'*exc. rei in judicium deductæ*. Nous retrouvons donc ici le même principe qui laisse subsister le droit de gage, malgré la condamnation du débiteur. L. 13, § 4, de pign. act. (XIII, 7.) « Nec per hoc videtur « *satisfactum creditori*, quod habet judicati actionem. » — Thibaut, p. 156, professe la même doctrine que moi; mais il ne l'établit pas d'une manière satisfaisante.

(*b*) L. 4, de his qui effud. (IX, 3), L. 7, § 4, quod falso (XXVII, 6), L. 18, § 3, de pec. const. (XIII, 5), L. 32, pr. de pecul. (XV, 1), L. 35, § 1, loc. (XIX, 2.)

Néanmoins ce principe ne doit être admis qu'avec les restrictions suivantes :

D'abord l'ancienne consommation de la procédure, quand il y avait identité véritable entre les obligations de plusieurs débiteurs, notamment quand il y avait *duo rei,* et aussi une caution et un débiteur principal (§ 232, *t*). Si donc, en pareil cas, on poursuivait un des débiteurs, la *litiscontestatio* consommait l'obligation tout entière, et l'action ne pouvait plus être exercée ni contre le même débiteur ni contre son codébiteur, alors même que le premier eût été insolvable, ce qui exposait le créancier à beaucoup de dangers (*c*). Souvent on cherchait à échapper à cette rigueur inique par des contrats spéciaux (*d*); quelquefois aussi le préteur protégeait le créancier par la restitution et d'autres voies

(*c*) Il y a donc contradiction évidente entre le texte que j'ai cité littéralement (note *b*), et les expressions suivantes, employées en pareil cas : *petitione* unius, tota solvitur obligatio ; si ex altera earum *egerit,* utramque consumet..... cum altera earum *in judicium deduceretur, altera consumeretur.* L. 2, de duob. reis (XLV, 2), L. 16 eod., L. 5, in f. de fidejuss. (XLVI, 1.) — C'est uniquement par inadvertance que les compilateurs ont laissé dans le Digeste ces traces isolées de l'ancien droit.

(*d*) Quand, par exemple, la caution ne promettait pas la même somme que le débiteur principal, mais s'obligeait dans les termes suivants : quanto minus ab illo consequi potero, dare spondes? L. 116, de V. O. (XLV, 1). Alors l'obligation n'était pas identique.

de droit (*e*). Mais le principe qui nécessitait des remèdes aussi artificiels était vicieux en soi. Justinien ne mérite donc que des éloges pour avoir aboli ce principe dans les cas principaux, celui des *duo rei* et celui de la caution jointe au débiteur principal (*f*). Quoiqu'il n'ait pas mentionné expressément les autres cas d'obligations identiques, ces cas n'en sont pas moins soustraits à l'ancienne rigueur (*g*). Ceux qui seraient tentés d'en douter, parce que cela n'est pas dit formellement, doivent être pleinement rassurés sur leurs scrupules, s'ils considèrent que le principe

(*e*) Keller, Litiscontestation, § 61 sq.

(*f*) L. 28, C. de fidejuss. (VIII, 41.) C'est par suite de cette innovation qu'on lit dans les Institutes : « alter debitum *accipiendo*, vel alter *solvendo*, totam perimit obligationem et « omnes liberat. » § 1, J. de duob. reis (III, 16). De même, dans la L. 8, § 1, de leg. 1 (XXX, un.), on a ajouté l'interpolation évidente de « et solutum. » Ribbentrop, p. 42.

(*g*) Dans les cas de simple solidarité, et dans les cas encore plus éloignés de garantie commune, § 232, ce principe rigoureux ne fut jamais appliqué. L. 1, § 43, depos. (XVI, 3), L. 52, § 3, de fidejuss. (XLVI, 3), L. 23, C. eod. (VIII, 41.) Son application à la *constituta pecunia* était controversée (§ 231, *g*.) — Au reste, la consommation de la procédure, fondée sur l'identité véritable de l'obligation, se montre le plus souvent là où il y a *plusieurs* débiteurs ou *plusieurs* créanciers; quelquefois aussi elle a lieu entre les mêmes personnes, et produit les mêmes effets. Ainsi, par exemple, dans la L. 1, § 21, tutelæ (XXVII, 3). « In tutela *ex una obligatione* duas esse *actiones* constat, » rel. Évidemment la consommation de la procédure est aussi abolie pour ces cas. Cf. § 232, *l*.

même de la consommation de la procédure, auquel se rapporte l'innovation, n'a été effacé de la législation justinienne que par simple omission, et, avant la découverte de Gajus, nous ne connaissions ni son existence ni l'importance qu'il avait autrefois.

Ensuite il y a de nombreux rapports de droit qui autorisent seulement le titulaire à choisir entre plusieurs actions; de sorte que l'une d'elles une fois choisie, quel qu'en soit le résultat, les autres se trouvent exclues. Ces cas ont donc une ressemblance apparente, tant avec l'ancienne consommation de la procédure, qu'avec le concours des actions, mais ils en diffèrent essentiellement. Dans la plupart des cas de ce genre, la différence se montre immédiatement en ce que chacune des actions a un objet tout différent; et, ainsi, il s'agit de choisir plutôt entre plusieurs droits qu'entre plusieurs actions. Ces cas ont chacun leur nature spéciale; ils ne reposent sur aucun principe commun, et ils sont particulièrement en dehors du principe ici établi pour le concours des actions. Je crois nécessaire de les énumérer, parce que souvent on les a fait figurer mal à propos dans la théorie du concours. Voici donc la liste de ces différents cas, mais je n'affirme pas qu'elle soit complète.

1) Quand une vente a été faite sous la *lex*

commissoria, et que l'acquéreur ne paye pas au jour fixé, le vendeur peut réclamer le prix, en vertu de l'*actio venditi*, ou la chose elle-même, en vertu du contrat accessoire. S'il intente une de ces actions, il ne peut plus exercer l'autre (*h*). — L'action qui protége ces deux droits est toujours l'*actio venditi;* néanmoins ils diffèrent par leur contenu, et même ils se contredisent et s'excluent mutuellement.

2) Il faut en dire autant du choix entre l'*actio redhibitoria* et *quanti minoris* (*i*).

3) Quand des esclaves volent de l'argent à leur maître, et chargent un tiers, qui est de connivence, d'acheter quelque chose avec cet argent, le maître des esclaves peut exercer contre le tiers l'action résultant du vol, ou bien ratifier l'achat, et réclamer la chose achetée, en vertu de l'*actio mandati*, qu'il acquiert par ses esclaves (*k*).

4) L'héritier, institué par un testament muni de la clause codicillaire, peut choisir entre la *hereditatis petitio*, ou l'action résultant du fidéicommis (*l*). Ici encore l'un de ces droits est exclusif de l'autre.

(*h*) L. 7, de lege comm. (XVIII, 3.)

(*i*) L. 18 pr., L. 19, § 6, de ædil. ed. (XXI, 1), L. 25, § 1, de exc. rei jud. (XLIV, 2.)

(*k*) L. 1, C. de furtis (VI, 2).

(*l*) L. ult., C. de codicillis (VI, 36).

5) Celui qui donne de l'argent pour échapper à un procès injuste peut réclamer l'argent donné, en vertu d'une condiction, ou le quadruple de la valeur, en vertu de l'action pénale (*m*). Ces deux objets sont tout à fait différents et pourraient très-bien se cumuler.

6) Quand le commodataire se laisse voler la chose prêtée, le propriétaire peut choisir entre l'*actio commodati* et la *furti actio* contre le voleur (*n*). Ici encore ces deux objets sont tout à fait différents.

7) Le légataire a le choix entre l'action *in rem* et l'action *in personam* (*o*); ces droits eux-mêmes diffèrent entièrement, quoique le résultat définitif soit le même.

8) Le voyageur à qui l'on vole une chose dans une auberge peut choisir entre l'*actio de receptis* et l'action contre les auteurs du vol; de sorte que son choix exclut en même temps la condiction et la *furti actio* (*p*). Ce rapport spé-

(*m*) L. 5, § 1, de calumn. (III, 6). Relativement à la même action pénale, j'ai déjà signalé une autre anomalie, § 230, *d*.

(*n*) L. 20, C. de furtis (VI, 2), § 10, J. de obl. quæ ex del. (IV, 1.)

(*o*) L. 76, § 8, de leg. 2 (XXXI, un.), L. 84, § 13, de leg. 1 (XXX, un.)

(*p*) L. 3, § 5, L. 6, § 4, nautæ (IV, 9), L. 1, § 3, furti adversus nautas (XLVII, 5). D'après les principes généraux, l'action contre l'hôtelier et la *furti actio* devraient exister simultanément (§ 234), et leur rapport avec la condiction contre le voleur devrait dépendre du résultat obtenu (§ 232). — Néan-

cial se fonde sur ce que l'*actio de receptis* est un moyen de droit très-énergique et en dehors des principes généraux (*q*).

§ CCXXXVI. *Extinction du droit d'action.* — II. *Concours. Considérations générales.* (Suite).

J'ai déterminé plus haut dans quel cas et dans quelles limites une action était exclue par le résultat d'une autre action (§ 232, 233); il me reste à chercher par quelles formes de droit s'opère cette exclusion.

Ici l'on doit faire la distinction suivante. Dans les cas peu nombreux où le concours de plusieurs actions repose sur l'identité véritable de l'obligation (§ 232), l'obligation, une fois remplie, soit volontairement, soit forcément, le rapport de droit lui-même est anéanti pour toutes les personnes qui y figurent, soit que l'obligation ait été ou remplie par ces personnes ou par d'autres, en vue de ces personnes ou autrement (*a*). Ainsi, qu'une dette soit payée par

moins, d'après les textes cités plus haut, l'hôtelier attaqué peut demander la cession de l'action contre les auteurs du vol.

(*q*) L. 1, § 1, L. 3, § 1, nautæ (IV, 9).

(*a*) § 1, J. de duobus reis (III, 16), L. 3, § 1 eod. (XLV, 2.) — C'est d'après le même principe qu'une simple dette et l'action sont éteintes *ipso jure*, soit que le débiteur ait payé lui-même, ou qu'un tiers ait payé pour lui. L. 23, 53, de solut. (XLVI, 3.)

la caution ou par le débiteur principal, cela revient absolument au même, puisque le débiteur principal et la caution étaient tenus d'une seule et même dette. Ici le droit qui servait de base aux actions étant anéanti, les actions sont anéanties elles-mêmes (§ 230); et l'on n'a pas besoin d'un moyen artificiel pour repousser la seconde action, puisque la première a déjà procuré l'accomplissement de l'obligation. Il en est autrement dans les cas nombreux et variés où les deux actions ne reposent pas sur une obligation identique, mais où le but de l'une d'elles a été atteint en totalité ou en partie par le résultat de l'autre; cela constitue une satisfaction indirecte du titulaire pour l'action non encore exercée (§ 230). Si celle-ci pouvait toujours être intentée uniquement parce que la satisfaction obtenue ne se rapporte pas directement à l'obligation qui lui sert de base, le demandeur aurait pour lui la lettre du droit, mais il violerait l'*æquitas*, et l'on empêche cet abus, ici comme ailleurs, au moyen d'une exception que l'on appelle tantôt *doli*, tantôt *in factum*.

Tel est le principe exprimé d'une manière générale dans le texte suivant de Gajus(*b*) :

Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.

Plusieurs auteurs regardent à tort ce principe

(*b*) L. 57, de R. J. (L. 17.)

comme celui qui régit toute espèce de concours. Quand la prestation obtenue anéantit l'obligation elle-même, on n'a pas besoin d'invoquer l'*æquitas;* mais quand le résultat de l'action déjà exercée ne satisfait à la seconde qu'indirectement, c'est alors que notre principe trouve son application (*c*).

Mais dans l'application du principe se trouve une distinction, fondée sur la nature générale des actions. Si la seconde action était rigoureuse, l'exception devait être exprimée dans la formule, pour que le *judex* pût y avoir égard; si, au contraire, l'action était libre (*arbitrium*), la mention de l'exception était également possible, toujours plus sûre, mais non point indispensable; car l'*arbiter* pouvait et devait prendre en considération l'exception non exprimée (*d*). Dans les cas de cette seconde espèce, les anciens jurisconsultes disent quelquefois que l'exclusion s'opère *ipso jure;* locution certainement inexacte, mais qui signifie que l'injonction du préteur n'est point nécessaire, et que la conviction du *judex* suffit.

D'après ce que je viens de dire, les applications suivantes ne présentent aucune difficulté. Si l'*actio venditi* concourt avec l'action résul-

(*c*) Cela est très-bien développé dans Göschen, Vorlesungen, I, § 158, 159.

(*d*) Appendice XIII, num. IV.

tant d'une stipulation, et est excercée la seconde, elle se trouve exclue *ipso jure ;* en pareil cas, l'autre action ne serait exclue que *per exceptionem* (*e*).

Il y a lieu à la même distinction quand la *condictio furtiva* concourt avec l'*actio commodati* (*f*).

Relativement au concours de l'*actio doli* et *quod metus causa*, on dit que celle exercée la dernière est exclue par une *facti exceptio* (*g*). Ici donc on reconnaît l'emploi de l'exception, quoique les deux actions soient des *arbitria*.

Lorsque, dans les cas d'un semblable concours, l'action libre était intentée la première, on pouvait craindre que l'action rigoureuse venant à être intentée plus tard, l'exception ne fût oubliée, et qu'ainsi le principe de l'*æquitas* ne se trouvât violé. C'est pourquoi les anciens jurisconsultes conseillent à l'*arbiter* de ne point condamner sur l'action libre, tant que le demandeur ne renonce pas à son action rigoureuse (*h*).

(*e*) L. 28, de act. emti (XIX, 1).

(*f*) L. 71, pr. de furtis (XLVII, 2). Cf. § 232, *h*. — L. 34, § 1, de O. et A. (XLIV, 7.) « altera actio alteram perimit, aut « ipso jure aut per exceptionem, *quod est tutius.* » Cela signifie : La condiction est seulement écartée *per exceptionem*, l'*actio commodati ipso jure*, c'est-à-dire, sans que l'on exprime la *doli exceptio;* néanmoins, même pour cette dernière action, il est plus prudent d'exprimer l'exception dans la formule.

(*g*) L. 14, § 13, quod metus (IV, 2).

(*h*) L. 25, § 5, L. 43, locati (XIX, 2), L. 7, § 1, commod. (XIII, 6), L. 9, § 1, de furtis (XLVII, 2).

La même règle est exprimée en d'autres termes quand on dit que le demandeur doit garantir le défendeur contre l'exercice d'une nouvelle action, relativement au même objet (*i*). Par là on doit entendre une stipulation faite en ce sens; une semblable garantie n'exige ni gage ni caution.

Ces distinctions et ces difficultés touchant la forme n'existaient déjà plus du temps de Justinien, puisqu'alors il n'y avait plus de *formulæ;* mais on pouvait, même anciennement, échapper à toute espèce de préjudice par un moyen très-simple, en exerçant toutes les actions à la fois, car le *judex* devait alors appliquer immédiatement le principe du concours (*k*). — Dans la procédure actuelle, le moyen se présente de lui-même, pourvu que le demandeur ait soin de ne pas trop limiter sa demande; car le juge doit combiner toutes les actions fondées, de manière à en tirer un résultat conforme aux principes ici exposés sur le concours.

Les restrictions que le principe du concours établit pour les actions peuvent se concevoir appliquées aux exceptions, et l'on se demande

(*i*) L. 36, § 2, de her. pet. (V, 3), L. 13, de rei vind. (VI, 1.)

(*k*) On devait suivre la même marche dans l'ancienne procédure pour un cas tout à fait semblable, celui où le demandeur, ayant deux actions, ne savait laquelle était fondée. L. 1, § 4, quod legat. (XLIII, 3). Cf. Donellus, § 7.

si alors elles sont soumises aux mêmes règles. Ici se montre aussitôt cette grande différence, que le danger existant pour les actions, et que le principe du concours est appelé à prévenir, disparaît de soi-même pour les exceptions. Le danger, pour les actions, est de voir atteindre plusieurs fois un but, qui, une fois atteint, n'aurait plus de base légitime. Or, pour les exceptions, ce danger n'existe pas, car elles n'ont jamais qu'un but unique et négatif, le rejet de l'action, et ce but ne peut de sa nature être atteint qu'une fois. Aussi reconnaît-on que les exceptions sont toujours admissibles à côté d'autres exceptions, comme à côté de la négation absolue (*l*). Les doutes qui peuvent s'élever dans plusieurs cas, où de semblables moyens de défense se trouvent cumulés, ont un tout autre fondement, la nature contradictoire de leur contenu. La discussion de cette question rentre dans la théorie de la procédure et est hors de mon sujet.

§ CCXXXVII. *Extinction du droit d'action.* — III. *Prescription. Introduction.*

Sources :
Inst., IV, 2.
Dig., XLIV, 3.
Cod. Just., VII, 36-40.

(*l*) L. 43, pr. de R. J. (L. 17). Cf. § 232, *a*, *b*, *c*. L. 5, 8, 9, de except. (XLIV, 1.)

Novellæ Just., IX, CXI, CXXXI, C. 6.

Gajus, IV, § 110, 111.

Cod. Theod., IV, 14.

Auteurs :

Giphanii Explanatio Codicis, ad L. 3, C. de præscr., XXX. P. 2, p. 245-258.

Jac. Ravii Princ. doctrinæ de præscriptionibus, ed. 3 .Halæ, 1790(*a*). § 126-152, § 165.

Thibaut, Besitz und Verjährung. Jena, 1802, § 38-56.

Unterholzner, Verjährungslehre, Vol. I, 2. Leipzig, 1828.

Göschen, Vorlesungen, Vol. I, § 148-155.

Kierulff, Theorie, Vol. I, p. 189-215.

Quand un droit d'action périt, parce que le titulaire néglige de l'exercer dans un certain délai, cette extinction de droit s'appelle prescription de l'action. L'expression romaine *temporis* ou *temporalis præscriptio* ne désigne pas directement ce changement, c'est-à-dire la perte éprouvée par le titulaire, mais le droit, désormais acquis au défendeur, de repousser par une exception l'exercice de l'action. C'est à dessein que j'ai présenté la prescription sous cette forme hypothétique, et l'on concevrait très-bien que son

(*a*) La première édition est de 1766. Ce livre est remarquable, comme monument du mauvais goût et du défaut de critique qui régnaient à cette époque, et aussi à cause de l'influence qu'il a exercée pendant longtemps.

application au droit d'action fût nulle ou très-rare, fréquente, ou même très-générale. On verra, par les recherches historiques exposées dans le paragraphe suivant, quelles sont en réalité les limites de cette application.

La prescription des actions a de l'analogie avec d'autres institutions, en ce que le temps nous apparaît comme condition d'un changement dans le droit; mais, au grand détriment de la théorie et de la pratique, on a donné à cette analogie une extension exagérée, en comprenant sous un seul genre tous les changements dans les rapports de droit dont le temps est la condition. On a désigné cette classification, adoptée sans critique, sous le titre de Prescription ou *Præscriptio;* puis on l'a subdivisée en *acquisitiva* et *extinctiva*. On doit complétement rejeter non-seulement ces expressions techniques, mais aussi l'idée de droit qu'elles représentent. Cette notion erronée n'offre jamais plus de danger que quand, au lieu de lui attribuer un sens purement hypothétique, qui ne décide rien, par rapport aux applications réelles, on en tire, sans s'en apercevoir, ce principe entièrement controuvé, que tous les droits en général périssent par un défaut d'exercice prolongé pendant un certain temps (*b*). Les partisans de cette fausse

(*b*) Sur ces erreurs, et sur les différentes formes qu'elles ont revêtues, voy. Vol. IV, § 178.

doctrine mettent à leur règle quelques exceptions isolées, et, pour les désigner, ils ont inventé sans nécessité l'expression technique de *res meræ facultatis* (*c*).

La prescription des actions est une institution toute positive, de même que toute autre transformation des rapports de droit où figure comme condition un rapport de nombre (ici un laps de temps déterminé). Les motifs qui l'ont fait établir, et que l'on présente diversement, rentrent en grande partie les uns dans les autres, et sont communs, pour la plupart, à l'usucapion et à la prescription des actions (*d*).

Le motif le plus général et le plus décisif, également applicable à la prescription des actions et à l'usucapion, est le besoin de fixer les rapports de droit incertains, susceptibles de doutes et de contestations, en renfermant l'incertitude dans un laps de temps déterminé (*e*).

Un second motif est l'extinction présumée du droit que protége l'action; mais ce motif grave

(*c*) Vol. IV, § 199.

(*d*) J'ai traité ce sujet d'une manière générale, Vol. IV, § 177; mais c'est ici le lieu de l'approfondir davantage.

(*e*) Ce motif se trouve fréquemment exprimé, non pour la prescription, mais pour l'usucapion. Cicero pro Cœcina, C. 26. « usucapio fundi, *h. e.* finis sollicitudinis ac periculi litium. » Gajus, II, § 44 : « ne rerum dominia diutius in incerto essent. » Le même Gajus, dans la L. 1, de usurp. (XLI, 3), et Neratius, dans la L. 5, pr. pro suo (XLI, 10).

et véritable peut aisément être mal entendu. Le sens de cette présomption est l'invraisemblance que le titulaire du droit ait négligé pendant un temps aussi long d'exercer son action, si le droit lui-même n'eût été éteint d'une manière quelconque, mais dont la preuve n'existe plus (*f*). Cette présomption n'a réellement de valeur que pour les longues prescriptions; elle s'applique, à proprement parler, aux seules actions personnelles, surtout à celles résultant d'une créance, car l'extinction régulière du droit consiste en un acte passager qui ne laisse aucune trace, et dont souvent la preuve devient impossible par la perte de la quittance. D'après cette vérité restreinte de la présomption dont je parle, on voit qu'elle ne doit pas être traitée comme une présomption ordinaire, et qu'ainsi le demandeur ne peut essayer de fournir la preuve contraire, par exemple, en déférant le serment au défendeur. Le caractère essentiel de la prescription

(*f*) Ce qui peut résulter du payement, de la compensation, de la novation, etc., comme aussi de la remise de la dette. Cette dernière possibilité est le seul élément de vérité relative qu'il faille reconnaître dans l'opinion de ceux qui représentent l'abandon comme le fondement de la prescription. Voy. Vol. IV, p. 311. — L'indétermination de ces diverses applications de la prescription, et l'incertitude où le défendeur lui-même peut se trouver sur la durée du rapport de droit, notamment s'il n'est que l'héritier du débiteur originaire, font que la prescription peut être invoquée concurremment avec tout autre moyen de défense, même la négation absolue de la dette.

des actions, et son plus grand bienfait, consiste précisément à laisser presque toujours dans l'indécision si, la dette ayant été acquittée, elle ne fait que suppléer à la preuve, ou si elle opère un changement dans l'état du droit. — Une semblable présomption existe pour l'usucapion, car il n'est pas probable qu'un véritable propriétaire eût négligé pendant longtemps de revendiquer sa chose. L'usucapion transfère-t-elle la propriété, ou ne fait-elle que suppléer à la preuve d'un droit acquis? Ici encore cette question reste souvent indécise. Ce point de vue trouve surtout son application à l'usucapion de trente ans en l'absence du titre, car souvent le titre a réellement existé, et a été perdu par accident.

Troisièmement, on donne comme motif de la prescription des actions, la punition de la négligence, et ce motif est clairement indiqué dans les sources (*g*). Néanmoins on ne doit pas prendre cette expression dans le sens ordinaire de peine, car la négligence qui ne nuit pas à autrui, en général n'est point punissable; d'ailleurs l'exercice de l'action n'est souvent différé que

(*g*) L. 2, C. de ann. exc. (VII, 40) : « Ut... sit aliqua inter desides et vigilantes differentia..... » L. 3, C. eod. : cum contra « desides homines, et sui juris contemtores, odiosæ exceptiones « oppositæ sunt. » L. un., C. Th. de act. certo temp. (IV, 14) : « Verum ne qua otioso nimis ac desidi querimonia relinquatur..... »

par condescendance pour le débiteur, et certes personne ne verra là une violation de ses droits. L'expression doit se prendre non comme un motif positif de la prescription, mais comme une réponse au reproche de dureté et d'injustice. J'ai déjà mentionné le motif positif fondé sur l'intérêt général; le temps laissé au demandeur pour exercer son action, permet de consulter l'intérêt général sans trop compromettre les droits particuliers. Ainsi l'on demande au titulaire d'une action de sacrifier au bien public non pas son droit, mais sa négligence. S'il reste inactif, il ne doit imputer qu'à lui-même la perte qu'il éprouve, et c'est ce résultat que l'on représente comme une peine. Cet enchaînement des idées est clairement exprimé dans les sources au sujet de l'usucapion, et il s'applique très-bien ici, puisque dans les deux cas les raisons à alléguer sont identiques (*h*). — Si la *pœna negligentiæ* est moins le motif positif de la prescription des actions que la réponse à une objection possible, ce motif a pourtant une grande influence sur les applications particulières de

(*h*) L. 1, de usurp. (XLI, 3) : « cum *sufficeret dominis* ad « inquirendas res suas statuti temporis spatium. » De même, Gajus, II, § 44. — Ce second motif était intimement lié au premier. En effet, la présomption du payement résulte, non du temps écoulé, mais de l'invraisemblance qu'un créancier néglige pendant un laps de temps aussi long de faire valoir des droits bien fondés.

l'institution, car nous verrons que toujours on recherche soigneusement si le titulaire du droit a pu, par ses diligences, échapper au préjudice que lui cause la prescription. Au reste, il est évident que l'argument est surtout péremptoire pour les longues prescriptions, celles de trente ans, par exemple; il a beaucoup moins de force pour les actions prétoriennes annales, et pour l'usucapion annale de l'ancien droit.

Voici encore un motif de la prescription des actions, mais qui n'existe pas pour l'usucapion. Le demandeur peut intenter son action quand il lui plaît; il peut donc, en la différant, augmenter les difficultés de la défense, car les moyens de preuve peuvent périr sans la faute du défendeur; par exemple, si des témoins viennent à mourir. Restreindre ce droit absolu du demandeur, dont la mauvaise foi peut abuser, est surtout ce qui mérite considération.

Enfin, on donne comme but à la prescription des actions la diminution des procès (*i*). Cela ne doit pas s'entendre littéralement, car il n'est nullement désirable de voir écarter des procès bien fondés. Mais on doit reconnaître que la prescription empêche beaucoup d'actions dont

(*i*) Ce motif est allégué, non pas au sujet de la prescription, mais d'une institution analogue dans la L. 2, pr. de aqua pluv. (XXXIX, 3) : « .... vetustas quæ semper pro lege habetur, *mi-* « *nuendarum scilicet litium causa.* »

plusieurs seraient reconnues mal fondées après beaucoup de peines et de frais, ou même, ce qui serait vraiment déplorable, recevraient faute de preuves une décision injuste.

La prescription des actions est une des institutions les plus importantes et les plus salutaires (*k*). Ici, plus qu'en beaucoup d'autres matières, les principes du droit romain ont conservé leur autorité, non-seulement dans les pays de droit commun, mais dans ceux régis par des codes modernes. En effet, les changements consistent surtout dans la fixation de nouveaux délais pour diverses actions, et cela n'a en théorie qu'un intérêt secondaire.

§ CCXXXVIII. *Extinction du droit d'action.* — III. *Prescription. Histoire.*

Je viens de poser sous une forme hypothétique le principe de la prescription des actions (§ 237); il s'agit maintenant de lui donner une base historique.

Pendant longtemps cette institution fut complétement étrangère au droit romain. Quand les préteurs insérèrent dans l'édit des actions en-

(*k*) Cassiodori Var. V, 37 : « Tricennalis autem *humano ge-* « *neri patrona* præscriptio. » ..... A part l'enflure de l'expression, défaut habituel de l'auteur, l'importance pratique de cette institution est ici appréciée avec justesse.

tièrement nouvelles, souvent ils y ajoutaient comme condition d'être exercées dans l'année (*intra annum judicium dabo*), ce qui constituait des exceptions particulières à l'ancienne règle de la durée perpétuelle du droit d'action. De semblables exceptions furent ensuite admises pour certaines actions civiles.

La *longi temporis prescriptio* donna pour la première fois à cette institution un caractère de généralité. Contre toute action résultant de la propriété ou d'un *jus in re* (*speciales in rem actiones*), le possesseur put opposer une prescription de dix ans, quelquefois de vingt ans, s'il établissait les conditions principales de l'usucapion, notamment le titre de la *bona fides*, sans néanmoins avoir consommé l'usucapion, car alors il n'aurait pas eu besoin d'invoquer cette exception. — La *longi temporis præscriptio* prit de l'extension sous Constantin; l'absence du titre et de la *bona fides* put être suppléée par une possession plus longue, dont le terme paraît avoir varié entre trente et quarante ans. Mais tout cela ne concernait pas les autres espèces d'actions, et les actions personnelles notamment restaient toujours imprescriptibles (*a*).

La première loi sur la prescription ayant un caractère de généralité fut rendue par Théo-

(*a*) Unterholzner, I, § 17.

dose II en 424, et elle a été insérée, avec quelques différences, dans les deux recueils de constitutions (*b*). Je vais donner ici le contenu détaillé de cette loi importante, qui forme la base du droit relatif à la prescription. D'abord, elle confirme toutes les prescriptions existant déjà; puis là où il n'en existe pas, elle établit une prescription de trente ans, non-seulement comme autrefois pour les *speciales in rem actiones,* mais encore pour la *hereditatis petitio* (*de universitate*); en outre, et c'est le point capital, pour les actions personnelles. — L'*actio finium regundorum* est formellement exceptée. Justinien ayant dans une de ses constitutions aboli cette exception, le Code Justinien n'en fait pas mention (*c*). — L'action hypothécaire contre le débiteur lui-même est aussi exceptée indirectement, et le Code

(*b*) L. un., C. Th., de act. certo temp. fin. (IV, 14), L. 3, C. J. de præscr., XXX (VII, 39). Dans le C. Justinien, l'inscription porte : Honorius et Theodosius, ce qui est impossible, puisque Honorius était déjà mort en 423. Dans le Code Théodosien, on lit seulement : Theodosius, ce qui ne présenterait aucune difficulté. Mais un autre fragment de la même loi (L. 7, C. Th., de cognitor., II, 12) a pour inscription : Theod. et Valent., ce qui est aussi admissible; car Valentinien III fut associé à l'empire en 424. Dans tous les cas, cette loi appartient exclusivement à Théodose II. Cf. Unterholzner, I, § 18. Wenck, ad L. un. C. Theod., cit. Zirardinus, Leges novellæ Theodosii rel., p. 278.

(*c*) L. 1, § 1, C. de ann. exc. (VII, 40). Cf. note *i*.

Justinien a maintenu l'exception (*d*), cet objet ayant été plus tard réglé par une disposition spéciale. — Toutes les actions existant déjà sont soumises à la règle des trente ans, mais avec cet adoucissement, que le temps exigé pour leur prescription devra être au moins de dix années à partir de la publication de la loi. Cette disposition transitoire a naturellement été omise dans le Code Justinien. — Les actions préjudicielles touchant l'état des personnes présentent quelque difficulté. Elles ne sont pas comprises dans l'énumération des diverses classes d'actions soumises à la nouvelle prescription (*e*); mais la disposition finale de la loi les embrasse dans sa généralité (*f*).

Admise dans le Code Théodosien, cette loi fut ainsi introduite en Occident. Valentinien III assura son exécution par des dispositions spé-

(*d*) L. 3, C. cit. : « Eodem etiam jure in ejus persona valente, « qui pignus vel hypothecam *non a suo debitore, sed ab alio*..... « possidente nititur vindicare. » L'argument *a contrario* ici est péremptoire. — Cette exception est vraisemblablement fondée sur le motif que la prescription ne saurait commencer, puisque le débiteur possède le gage avec le consentement du créancier.

(*e*) L. 3, C. cit. : « Sicut in rem speciales, ita de universitate, « ac personales actiones..... » Aucune de ces désignations n'est applicable aux actions préjudicielles.

(*f*) L. 3, C. cit. : « si qua res vel jus aliquod postuletur, vel « persona *qualicunque actione vel persecutione pulsetur*. » Unterholzner, I, § 18, veut restreindre ces mots aux actions sur les biens, quoique rien ne justifie cette interprétation.

ciales, où notamment il condamne les interprétations restrictives (*g*).

Vient ensuite une loi de l'empereur Anastase, rendue en 491, et qui établit comme dernier complément, une prescription de quarante ans pour toutes les actions qui n'étaient encore soumises à aucune prescription (*h*). Le véritable objet de cette loi, insérée dans le Code Justinien, n'est pas très-clair. La supposition la plus naturelle est de croire qu'elle s'applique aux actions spécialement exceptées par Théodose, qui, au lieu d'être imprescriptibles, seraient seulement soumises à une prescription plus longue. Mais cette interprétation n'est pas sans difficulté. Son application la plus sûre est à l'*actio finium regundorum*, qui avait été exceptée dans la loi de Théodose, et qui maintenant se prescrit par quarante ans. Peut-être aussi était-elle expressément nommée dans la loi de Théodose, dont nous n'avons pas la rédaction originale. Plus tard, Justinien soumit cette action à la prescription de trente ans (*i*). — L'action hypothécaire contre le débi-

(*g*) Nov. Valent., Tit. VIII, XII (a. 449 et 452). Unterholzner, I, p. 446, note 433, paraît avoir très-mal entendu cette loi.

(*h*) L. 4, C. de præsc. XXX (VII, 39). Voy., sur cette loi, Unterholzner, I, § 19.

(*i*) L. 6, C. fin. reg. (III, 39.) Cette disposition, attribuée à Théodose I[er], est de Justinien lui-même, comme le montre le rapprochement de la L. 5, C. Theod., fin. reg. (II, 26.) — Cf. note *c*.

teur ne figure pas parmi les exceptions abolies, car l'empereur Justin, qui la soumit à une prescription de quarante ans, dit formellement qu'avant lui cette action était imprescriptible (*k*). — Ensuite l'empereur ajoute que la loi de Théodose a été restreinte par des interprétations arbitraires. Il semble, par les expressions dont il se sert, condamner ces restrictions (*l*), et l'on pourrait rapporter à ces cas le nouveau supplément de quarante années. Mais alors on ne comprendrait pas comment l'empereur, en prolongeant le temps de la prescription, viendrait confirmer des interprétations que lui-même regarde comme erronées. — Si en réalité les actions préjudicielles, dont j'ai parlé plus haut, n'étaient pas contenues dans la loi de Théodose, ou si elles en avaient été exclues par des interprétations postérieures, la loi d'Anastase se rapporterait à ces actions, comme certaines expressions semblent l'indiquer effectivement (*m*). Ce serait aussi la seule disposition

(*k*) L. 7, pr. C. de præscr. XXX (VII, 39).

(*l*) L. 4, C. cit. : « ..... si qua sit actio, quæ cum non esset « expressim supradictis temporalibus præscriptionibus concepta, « quorumdam tamen *vel fortuita vel excogitata interpretatione* sæpe dictarum exceptionum laqueos evadere posse videatur..... »

(*m*) L. 4, C. cit. : «.... quicumque super quolibet jure.... « *superque sua conditione, qua per idem tempus absque ulla* « *judiciali sententia simili munitione potitus est*, sit liber, « et.... securus. »

de la loi d'Anastase applicable en droit Justinien. Du reste, on eût beaucoup mieux fait de ne point insérer ce texte dans le Code, où il ne peut que faire naître des doutes.

Après s'être exprimé en termes généraux et absolus, Anastase a lui-même pris soin de rendre sa loi vague et incertaine, en déclarant dans des constitutions postérieures qu'on l'avait faussement appliquée à deux actions, et que ces deux actions sont imprescriptibles. La première est l'action d'une ville contre les personnes qui tentaient de se soustraire à leurs obligations comme membres de la curie (*n*); la seconde est l'action du fisc pour le payement des impôts (*o*).

Enfin, Justinien, dans une de ses constitutions, sanctionna l'observation générale de la prescription trentenaire, sauf le cas de l'action hypothécaire qui se prescrit par quarante ans (*p*), et pour lequel son prédécesseur avait déjà rendu une loi spéciale. Cela confirme la critique que j'ai faite plus haut de l'insertion de la loi d'Anastase, car depuis la constitution de Justinien, il n'y a plus lieu de l'appliquer. Dans sa constitution, Justinien énumère les actions suivantes pour lesquelles l'application de la prescription trentenaire avait été mal à propos mise en doute :

(*n*) L. 5, C. de præscr., XXX (VII, 39).
(*o*) L. 6, C. de præscr., XXX (VII, 49).
(*p*) L. 1, § 1, C. de ann. except. (VII, 40), de l'an 530.

1) *Familiæ herciscundæ, communi dividundo, finium regundorum.* Quant aux deux premières, le doute provenait vraisemblablement de ce que l'on confondait la demande en partage qui est imprescriptible, avec la réclamation d'une somme d'argent déterminée (§ 252). Quant à la troisième, Justinien lui-même avait le premier établi la prescription (note *i*).

2) *Pro socio.* Ici encore le doute venait probablement de ce que l'on confondait le droit imprescriptible de rompre la société, avec l'action ou payement d'une somme.

3) *Furti* et *vi bonorum raptorum.* L'erreur provenait de ce que plusieurs croyaient à tort que le voleur, en continuant de posséder la chose volée, commettait incessamment un vol nouveau, et qu'ainsi la prescription de la *furti actio* recommençait à chaque instant (*q*).

De cet exposé historique, il résulte que dans l'origine toutes les actions étaient imprescriptibles; que plus tard quelques-unes furent exceptionnellement déclarées prescriptibles, et qu'enfin l'exception est devenue la règle générale. Au changement des choses correspond celui du langage : ainsi l'expression *perpetua actio,* qui littéralement désignait une action imprescriptible,

(*q*) L. 1, § 1, cit. : « ex quo.... semel nata est, *et non iteratis « fabulis sæpe recreata, quemadmodum in furti actione di- « cebatur.* » Cf. L. 9 pr., L. 67, § 2, de furtis (XLVII, 2).

depuis qu'il n'y en eut plus aucune, s'appliqua aux actions trentenaires, par opposition à celles d'une plus courte durée (*r*).

Je vais maintenant exposer les principes du droit romain en matière de prescription ; ce qui comprendra : les conditions de la prescription, ses effets, ses exceptions, et son application aux *exceptiones*.

Les conditions de la prescription peuvent se ramener aux quatre points suivants :

a) *Actio nata.*

b) Inaction non interrompue.

c) *Bona fides.*

d) Laps de temps.

§ CCXXXIX. *Extinction du droit d'action.* — III. *Prescription. Conditions.* a. Actio nata.

Unterholzner, I, § 88 ; II, § 183, 260, 264-266. Thon, dans Linde's Zeitschrift, vol. VIII, p. 1-57, 1835 (*a*).

La première condition d'une prescription possible coïncide avec la détermination de son point de départ. Tant qu'un droit d'action n'existe pas, on ne saurait négliger de l'exercer, ni le perdre

(*r*) Pr. J. de perpetuis (IV, 12).

(*a*) On verra que je ne m'accorde pas avec cet auteur, quant aux principaux résultats; néanmoins son travail, où le sujet est traité avec autant de clarté que de profondeur, m'a beaucoup aidé dans mes recherches.

par négligence. Pour qu'une prescription commence, il faut donc une *actio nata* (*b*).

Tout droit d'action a deux conditions (§ 205) : d'abord un droit sérieux, actuel et susceptible d'être réclamé en justice; sans cela, pas de prescription possible. Si donc une obligation est limitée par une condition ou par un délai, la prescription ne commence que quand la condition est accomplie ou le délai expiré (*c*). — Il faut ensuite une violation du droit, qui détermine l'action du titulaire. Tout se réduit donc à bien caractériser cette violation du droit qui est la condition de l'action. La plupart des difficultés en cette matière viennent de ce que l'on a mal apprécié la nature de cette violation ; et si l'on parvenait à réunir toutes les opinions sur ce point, cela terminerait sans doute les controverses touchant le point de départ de la prescription.

(*b*) L. 1, § 1, C. de ann. exc. (VII, 40) : « .... sed ex quo ab « initio competit, *et semel nata est.* » .... L. 3, C. de præscr., XXX (VII, 39) : « actiones XXX annorum jugi silentio, *ex quo* « *jure competere cœperunt,* vivendi ulterius non habeant facul- « tatem. » L. 30, C. de j. dot. (V, 12) : « ea mulieribus ex eo « tempore opponatur, *ex quo possunt actiones movere.* » Ce dernier texte se rapporte à la fois à l'usucapion et à la prescription des actions.

(*c*) L. 7, § 4, C. de præscr., XXX (VII, 39): « .... in omnibus « contractibus, in quibus sub aliqua conditione vel sub die.... « pacta ponuntur, post conditionis exitum, vel... diei... lapsum, « præscriptiones XXX, vel XL annorum... initium accipiunt »

Si l'on subordonne le commencement de la prescription au fait de la violation que l'action est appelée à combattre, ce commencement a une nature purement objective, et peu importe que le titulaire du droit en ait ou non connaissance. Cette circonstance est indifférente même pour les prescriptions courtes avec *utile tempus*, sauf néanmoins quelques cas exceptionnels où on a égard à la connaissance que le titulaire a de l'action (*d*).

Dès le temps des glossateurs on chercha à étendre cette règle, et cette doctrine trouve encore aujourd'hui des partisans. Ainsi, on prétend que la prescription commence avant que l'action ne soit née, s'il dépendait du titulaire de la faire naître, et voici comme on exprime cette règle : toties præscribitur actioni nundum natæ, quoties nativitas est in potestate creditoris (*e*). On verra plus bas dans quel intérêt cette règle a été imaginée ; mais je puis dès à présent en démontrer la fausseté (*f*). Pour toutes les obligations conditionnelles sans exception, la prescription ne commence que quand la condition est accomplie

(*d*) Voy. Vol. III, Appendice VIII, num. XXV, XXVI, et Vol. IV, § 190.

(*e*) Unterholzner, II, p. 319 ; Kind, Quæst. forenses, Vol. III, C. 35.

(*f*) Thon, p. 2-6, rejette cette règle après un examen approfondi.

(noce *c*); et néanmoins il y a des conditions véritables dont l'accomplissement dépend uniquement de la volonté du titulaire (*g*), et pour lesquelles, d'après cette règle, la prescription devrait commencer avant que la condition fût accomplie. De même l'action dotale commence lors de la dissolution du mariage (*h*); et cependant il pouvait dépendre de la femme de dissoudre le mariage plus tôt, si la conduite de son mari lui donnait des motifs de séparation (*i*). Cela est plus évident encore dans l'ancien droit, où la femme pouvait, même sans motifs, provoquer le divorce; et ainsi, d'après cette règle, l'action dotale commencerait au moment même du mariage : absurdité que personne ne serait tenté d'admettre.

Le point le plus important et le plus difficile de la règle que j'ai établie est son application aux divers rapports de droit. Quand je m'occuperai de cet objet, je pourrai exposer clairement les difficultés que présente la matière.

On doit avant tout distinguer les actions *in rem* des actions personnelles.

Pour les actions *in rem*, le commencement de la prescription est moins controversé que pour les actions personnelles. La prescription de la

(*g*) Voy. Vol. III, § 117.

(*h*) L. 7, § 4, C. de præscr. XXX (VII, 39), L. 30, C. de j. dot. (V, 12). Cf. note *b*.

(*i*) Thon, p. 14-16, p. 56.

revendication et des autres actions du même genre (*k*) commence avec la possession acquise par un autre sans le consentement du propriétaire. Quand donc le propriétaire d'une chose mobiliaire la perd dans un lieu écarté, et qu'elle y reste plusieurs années sans être découverte, il n'y a point là de prescription. Mais quand un autre ayant trouvé cette chose s'en met en possession, alors commence la violation de la propriété, le droit d'action pour le propriétaire, et la possibilité de négliger l'exercice de ce droit. Pour que la prescription commence à courir, il n'est pas nécessaire que le possesseur soit sommé de rendre la chose et qu'il s'y refuse, comme aussi il n'est pas nécessaire que le propriétaire connaisse la prise de possession.

Pour motiver la prescription de l'action, il n'est pas indispensable que l'adversaire possède comme propriétaire; de sorte que la prescription de la revendication ne pourrait pas commencer contre le locataire, le commodataire, ou le créan-

(*k*) Telles sont la *publiciana*, l'*actio vectigalis*, l'action du propriétaire superficiaire, et l'action hypothécaire; car elles sont toutes dirigées contre le possesseur. La *confessoria* et la *negatoria* ont pour condition la violation d'un droit, et, dès lors, le commencement de la prescription a ici un caractère déterminé. Si ensuite il est rare qu'on parle de prescription au sujet de ces actions, c'est que, presque toujours, elle se trouve absorbée par l'usucapion de la servitude, ou l'extinction résultant du non usage.

cier détenteur d'un gage (*l*); car la revendication pouvant s'exercer contre ces personnes (*m*), il n'y a aucune raison pour leur refuser la capacité de prescrire. Voici néanmoins l'élément de vérité contenu dans cette assertion erronée : la prescription ne commence pas tant que le locataire, etc., possède au nom du propriétaire, et qu'ainsi il reconnaît son droit d'une manière quelconque (*n*).

Pour les actions personnelles le principe est le même que pour les actions *in rem*. La prescription commence dès que l'obligation ne reçoit pas son exécution sans le consentement du titulaire, c'est-à-dire contre l'attente fondée sur la nature du rapport de droit. Ici encore, il n'est pas besoin que le débiteur ait été sommé de remplir l'obligation, et s'y soit refusé (*o*). On n'a pas non plus égard ici aux conditions spéciales exigées pour constituer la *mora*. La *mora* entraîne pour le débiteur certains préjudices positivement dé-

(*l*) Cette opinion est celle de Unterholzner, II, § 183, 264. Il confond la prescription des actions avec l'usucapion, pour laquelle cela est effectivement exact.

(*m*) L. 9, de rei vind. (VI, 1.)

(*n*) C'est à ce cas que se rapportent la L. 2 et la L. 7, § 6, C. de præscr., XXX (VII, 39). Kierulff, p. 198, soutient la bonne doctrine.

(*o*) Thou, p. 37, donne cette fausse interprétation à l'opinion de ceux qui font dépendre le commencement de la prescription d'une violation du droit.

terminés, tels que le payement des intérêts, la responsabilité, etc.; dans ce cas, la sommation a pour but d'empêcher le débiteur d'alléguer, comme raison ou comme prétexte de son retard, le consentement tacite du créancier. Ces conditions ne sont nullement nécessaires pour pouvoir intenter une action. Si le créancier néglige d'avertir le débiteur, cette omission est précisément une des négligences dont le résultat définitif est la perte du droit d'action en vertu de la prescription (*p*).

J'arrive à l'application aux diverses obligations, et je commence par les cas où la règle trouve son application pure et simple, sans que des complications de fait viennent soulever des doutes ou motiver de véritables exceptions. Tels sont les cas suivants :

1) Les obligations résultant des délits. Dès que le délit a été commis, la personne lésée peut compter sur l'indemnité ou sur la peine, et tout retard est une violation nouvelle du droit sur lequel repose l'action (*q*). La prescription de l'ac-

(*p*) Ce point est très-bien traité dans Kierulff, p. 197.

(*q*) Thon, p. 36, représente comme un caractère particulier aux actions résultant d'un délit, que le commencement de la prescription se rattache à une violation du droit; mais il se trompe, car il confond la violation du droit contenue dans le délit même, et le défaut de payement. La première circonstance est spéciale aux délits; mais la seconde est commune aux autres

tion commence donc aussitôt après la perpétration du délit, car il y a négligence dès que la personne lésée diffère d'intenter son action.

2) Les quasi-contrats ont une nature semblable. La *tutelœ actio* commence à la fin de la tutelle (*r*), la *condictio indebiti* aussitôt après le payement qui n'était pas dû, l'action dotale aussitôt après la dissolution du mariage (note *h*); car, d'après la nature de ces divers rapports de droit, le créancier doit compter sur un payement immédiat; et s'il diffère de le réclamer, cela constitue un commencement de négligence dont le résultat définitif est la perte de l'action, en vertu de la prescription (*s*).

3) Telles sont encore la plupart des obligations fondées sur des contrats, c'est-à-dire toutes celles qui ne présentent pas les complications

obligations, et c'est elle seule qui détermine le commencement de la prescription.

(*r*) Non avec l'acceptation de la tutelle, qui d'ailleurs contient la base de l'obligation, et ainsi détermine l'époque à laquelle commence le gage tacite; non plus avec l'acte particulier, quand, par exemple, un tuteur, dans le cours de son administration, détourne une somme d'argent. L'obligation proprement dite, et par conséquent l'*actio tutelæ,* commence à la fin de la tutelle. L. 4, pr. de tutelæ (XXVII, 3). « Nisi finita tutela sit, tutela agi « non potest. »

(*s*) Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Romer, p. 194, note 11, prétend, à tort, que c'est là un caractère spécial aux quasi-contrats, et que, à proprement parler, il faudrait en outre un refus.

dont je parlerai plus bas. Chez les Romains, toutes les actions résultant de stipulations simples, que ne limitaient aucune condition ni aucun délai; chez nous, comme chez les Romains, toutes les actions fondées sur des contrats, et ayant pour objet une prestation unique, si le créancier n'a rien à fournir, ou s'il a rempli son obligation : ainsi, par exemple, toutes les actions des commerçants et des ouvriers, en payement des marchandises qu'ils ont livrées. En effet, dans tous ces cas, le créancier doit compter sur un payement immédiat, et il y a négligence évidente de sa part à ne point intenter son action, si le débiteur ne s'acquitte pas volontairement. En pareille circonstance, vouloir qu'après trente ans le défendeur prouvât une sommation faite et un refus de payement, ce serait presque anéantir dans la pratique le bienfait de la prescription; car si le refus a été ainsi exprimé, l'action s'en est presque toujours suivie, et les autres cas sont les seuls importants pour la prescription.

J'observe que cette application de la prescription des actions est, dans la vie réelle, du plus grand intérêt, car elle embrasse ces transactions quotidiennes si nombreuses, dont la nature passagère et l'importance secondaire entraînent, comme conséquence inévitable, moins de soin dans la conservation des moyens de preuve. On

voit surtout ici combien sont fondés en raison les motifs exposés plus haut (§ 237). Quand les héritiers d'un marchand ou d'un fabricant viennent, après plus de trente ans, intenter une action, en invoquant les livres de leur auteur, il est très-vraisemblable que la dette a été acquittée depuis longtemps, et, dans le cas où elle ne l'aurait pas été, le créancier est certainement coupable d'une excessive négligence.

D'après ces considérations, les législateurs modernes ont établi, pour ces relations journalières de la vie réelle, des prescriptions fort courtes (*t*), et ces dispositions sont certainement d'accord avec les besoins, et aussi avec l'intérêt bien entendu des créanciers. Nous devons d'autant plus nous garder d'augmenter en droit commun la difficulté de la prescription de trente ans, et de la rendre presque impossible, en subordonnant son point de départ à des conditions arbitrairement créées.

§ CCXL. *Extinction du droit d'action.* — III. *Prescription. Conditions.* a. Actio nata. (Suite.)

Je vais maintenant examiner les espèces d'actions personnelles pour lesquelles l'application

(*t*) Code civil, art. 2271 et suivants. — Loi prussienne du 31 mars 1838, über kürzere Verjährungsfristen (Gesetzsammlung, 1838, p. 249.)

de la règle établie au § 239 a été mal à propos mise en doute, ou doit être effectivement modifiée.

A) Dans le cas d'un contrat bilatéral, d'une vente, par exemple, quand aucune des parties n'exécute le contrat, plusieurs auteurs prétendent que la prescription ne commence pour aucune des deux actions, l'*exceptio non impleti contractus* empêchant que ni l'une ni l'autre soit une *actio nata* (*a*).

Cette doctrine, si elle était fondée, porterait préjudice à la partie consciencieuse et exacte, et favoriserait la partie inexacte; car celle-ci n'aurait pas de prescription à craindre pour son action, tant qu'elle aurait soin d'attendre la prestation de son adversaire. La réflexion nous montre qu'un résultat aussi injuste ne doit pas être admis; mais il s'agit de savoir comment on peut l'empêcher. — Unterholzner invoque ici la règle que la prescription d'une action non encore existante commence quand il dépend de la volonté seule du futur adversaire de faire naître l'action (*b*); mais j'ai montré (§ 239) la fausseté de cette règle. — En fait, l'origine du droit d'action n'est nullement subordonnée à la possibilité de l'exception sus-énoncée. Les actions résultant du contrat existent du moment où il a

(*a*) Thibaut, Pandekten, § 1020.
(*b*) Unterholzner, II, § 260.

été conclu; chacune des parties peut exercer la sienne, et, en omettant de le faire, elle commet la négligence qui, prolongée pendant un certain temps, opère la prescription. Aucune exception n'empêche l'existence d'un droit d'action, ni la possibilité d'en user ou de n'en pas user : d'abord, parce qu'on ignore si l'exception sera présentée, et si elle sera admise par le juge; ensuite, l'exception dont il s'agit ici a un caractère dilatoire, et ne peut jamais faire prononcer définitivement la libération du défendeur (*c*); de sorte que, dans tous les cas, l'action peut être intentée, et aura du moins pour résultat certain d'interrompre la prescription (*d*).

Les doutes élevés sur ce cas ne sont donc pas fondés, et la règle développée au paragraphe précédent s'applique ici dans toute sa pureté. En effet, le contrat une fois conclu par les parties, chacune devait s'attendre que l'autre l'exécuterait immédiatement, conformément à la nature de la vente, et cette attente engendre aussitôt le droit d'action, comme aussi la possibilité d'en négliger l'exercice.

(*c*) L. 13, § 8, de act. emti (XIX, 1) : « ..... *nondum* est « ex emto actio : venditor enim, *quasi pignus,* retinere potest « eam rem, quam vendidit. » Ces mots : nondum *est* actio ne doivent point se prendre à la lettre; il faut sous-entendre : cum effectu.

(*d*) Vangerow, I, p. 170, 171. Kierulff, I, p. 193, 197, enseignent la même doctrine.

B) Des cas plus difficiles sont ceux où le rapport de droit lui-même crée un état permanent, mais dont la fin dépend de la volonté du créancier. L'action en vertu de laquelle il peut opérer ce changement est, comme toute autre action, soumise à la prescription. Mais le point de départ de cette prescription a soulevé les plus grandes difficultés. Les principaux cas de ce genre sont le prêt sans intérêt (*e*), le dépôt, le commodat et le précaire (*f*); le droit de retirer un gage qui se trouve dans la possession du créancier (*a. pignoratitia directa*); l'*actio venditi*, résultant d'un contrat *de retrovendendo*. Les quatre premiers cas ont absolument la même nature; les deux derniers donnent lieu à quelques considérations particulières.

Je commence par le prêt sans intérêts, et je l'examine sous sa forme la plus simple, quand il est complétement indéterminé et qu'il n'y a rien

(*e*) Je dis le prêt sans intérêt, parce que le prêt à intérêt, par suite des prestations périodiques qui s'y rattachent, rentre dans la troisième classe d'obligations.

(*f*) Pour le précaire, soit que l'on adopte l'ancien point de vue des Romains, un interdit fondé sur un délit, ou le point de vue moderne, qui l'assimile à un contrat, la prescription commence toujours à la même époque. En effet, envisagé sous ce dernier aspect, le précaire a la nature du commodat; et, au point de vue des anciens Romains, l'abus de confiance, qui constitue le délit, ne commence que quand le propriétaire réclame sa chose, et que le détenteur refuse de la rendre.

de convenu touchant sa restitution. Ici, d'après la nature du contrat, le créancier ne doit pas compter sur un remboursement immédiat; car c'est de son consentement exprès que l'emprunteur possède l'argent prêté pour un temps indéterminé. Cette attente naturelle n'existant pas, il n'y a pas non plus d'action qui la protége, et, dès lors aussi, pas de commencement possible de prescription. La prescription suppose la négligence, et ici où pourrait-on la trouver? Personne ne soutiendra que le prêt en soi constitue déjà une négligence. On pourrait tout au plus taxer le créancier de négligence pour laisser subsister le prêt trop longtemps, sans en réclamer la restitution, ou se faire donner un nouveau titre. Mais cela devrait être réglé par une loi positive, autrement il n'y a pas d'époque déterminée à laquelle commence la négligence, base de la prescription. — Cela devient surtout évident si l'on compare ce cas avec ceux mentionnés au paragraphe précédent. Quand un marchand ou un fabricant présente un mémoire, il peut ne pas exiger un payement immédiat, et le plus souvent il agit ainsi; mais c'est là une connivence étrangère au rapport de droit, et qui exige un redoublement d'attention pour ne pas dégénérer en négligence. Celui qui emprunte, au contraire, possède l'argent non par la connivence du prêteur, mais en vertu de l'essence même du con-

trat. Ici donc la prescription ne commence pas au moment où l'argent a été livré, car il n'y a pas encore de violation, ni d'action possible. D'un autre côté, on ne saurait, sans injustice, exiger un refus de débiteur. La réclamation du créancier suffit, quand même le débiteur n'y ferait pas de réponse, et la prescription commence, parce que le débiteur ne possède plus l'argent du consentement du créancier.

On a opposé à cette doctrine, et avec une apparence de raison, le texte suivant du droit romain (*g*):

Sin autem communes numos credam, aut solvam, *confestim pro parte mea nascetur et actio,* et liberatio.

Ainsi, a-t-on dit, l'action commence au moment du prêt et non pas au moment de la réclamation. Mais ces mots s'expliquent par ceux qui précèdent. Si un prêt ou un payement a été fait avec l'argent d'autrui, ces actes juridiques sont nuls, parce que le propriétaire de l'argent peut le revendiquer; mais ces actes deviennent valables si l'argent reçu a été consommé, car la consommation détruit la propriété (*h*). A cette règle le texte cité ajoute une restriction naturelle pour le cas où celui qui a donné l'argent serait pro-

(*g*) L. 94, § 1, de solut. (XLVI, 3).
(*h*) L. 13, pr. § 1, de reb. cred. (XII, 1).

priétaire d'une partie de la somme; quant à cette partie, le prêt ou le payement est *immédiatement* valable. Ici donc le mot *confestim* contraste évidemment avec la nécessité de la consommation, et non avec la réclamation du créancier, dont le texte ne parle absolument pas.

Le cas du prêt peut encore se présenter sous d'autres formes. D'abord quand dès l'origine il a été fait pour un temps déterminé. Alors la prescription commence indubitablement à l'expiration du terme, ni plus tôt, car le créancier n'avait pas encore d'action, ni plus tard, car dès l'expiration du terme, la possession du débiteur n'a plus le consentement du créancier. D'après les clauses du contrat, le créancier doit compter sur un payement immédiat, et s'il consent tacitement à un délai, c'est là une pure condescendance étrangère au contenu de l'acte juridique (h^1).

Plusieurs auteurs pensent que le prêt revêt un caractère particulier, lorsque le débiteur s'engage formellement à rendre l'argent à *la première réquisition;* l'action serait alors soumise à une

(h^1) La question de savoir si la *mora* résulte de l'échéance du terme, ou s'il faut en outre une sommation du créancier, est très-controversée; mais je ne dois point m'en occuper ici, car les conditions de la *mora* n'ont rien de commun avec le commencement de la prescription (§ 239).

condition suspensive, même d'après ceux qui, dans le cas le plus simple, celui dont j'ai parlé tout à l'heure, font commencer l'action au moment du prêt. Une pareille doctrine doit être rejetée, car ces mots ne sont que la répétition surabondante d'une clause qui s'implique de soi-même d'après la nature du contrat; vouloir la traiter comme condition serait une interprétation forcée, contraire à l'intention des parties. C'est ainsi que dans une stipulation l'expression *cum petiero* n'est considérée, ni comme condition, ni comme *dies*, mais comme une spécification de l'obligation contractée (*i*).

Lors même qu'une semblable clause contient un terme, par exemple : *trois mois après la première réquisition*, cela n'est pas regardé comme une condition, mais comme un *dies* ajouté en faveur du débiteur, pour lui laisser le temps de se procurer de l'argent. Néanmoins l'effet naturel de cette clause est que la prescription ne commence pas aussitôt après la réquisition, mais trois mois plus tard, c'est-à-dire, dès que l'action peut être intentée. — La même chose a lieu quand le délai n'est pas fixé par un contrat, mais par une loi spéciale de l'État (*k*).

(*i*) L. 48, de V. O. (XLV, 1). Cf. Vol. III, § 117.

(*k*) Le Code prussien, I, 11, § 761, 762, accorde un délai de quatre semaines, et de trois mois si le prêt excède 60 thalers (187 fr. 50 c.).

Les règles exposées ici sur le point de départ de la prescription pour le prêt sans intérêts ont peu d'importance pratique. Il est rare que l'on prête pour un long temps une somme considérable sans intérêts; ou si des circonstances exceptionnelles déterminent un prêt de ce genre, toutes les parties doivent alors prendre des précautions particulières pour assurer leurs droits respectifs.

Au reste, cette question est très-controversée. Plusieurs auteurs partagent mon opinion (*l*). — D'autres, au contraire, soutiennent que la prescription commence à l'instant même du prêt, en ajoutant toutefois le délai qui doit suivre la réquisition, là où se trouve une pareille clause (*m*). Ils s'appuient sur la règle réfutée plus haut, que la prescription commence quand l'origine de l'action à naître dépend de la volonté du titulaire (§ 239). — D'autres adoptent un moyen terme. Ils regardent la réquisition à laquelle est jointe un délai comme une condition qui détermine le commencement du droit d'action et de la prescription; si le contrat mentionne la réquisition sans fixer de délai, ou s'il n'en parle pas du tout, alors ils font commencer le droit d'ac-

(*l*) Rave, § 135. Kierulff, p. 194, 195, 197.

(*m*) Unterholzner, II, § 260. Kind, Quæst. for., Vol. III, C. 35.

tion et la prescription au moment du prêt (*n*).

La règle que renferme sur cette question le Code prussien n'est pas claire (*o*). Dans la pratique on suit l'opinion de Unterholzner, qui fait commencer la prescription au moment du contrat, en y ajoutant le délai qui doit suivre la réquisition (*p*).

La règle établie pour le prêt sans intérêts s'applique au commodat, au dépôt et au précaire. Dans ces trois actes juridiques, le détenteur de la chose la possède avec le consentement du propriétaire, dont il ne viole pas le droit, et la nature du contrat n'implique nullement une restitution immédiate. La prescription ne commence donc que quand le propriétaire réclame

(*n*) Thon, p. 2, 9-16, 33-54. Pour le premier cas, il arrive au même résultat que moi; pour le second, son résultat est celui de Unterholzner, mais ses motifs sont différents.

(*o*) Code prussien, I, § 545 : « Pour les autres droits, la pres- « cription commence du jour où l'exécution de l'obligation *a pu* « *être demandée.* » On ne voit pas clairement si la règle ainsi exprimée embrasse les cas tels que le prêt, ou bien seulement les cas où l'on doit compter sur un payement immédiat, par exemple, les livraisons de marchandises. — D'après un projet antérieur de Kircheisen, la prescription devait commencer du jour de la rédaction de l'acte, c'est-à-dire du jour du prêt, ou, si une convention expresse exige un avertissement, du jour de l'avertissement. Simon und Strampff, Zeitschrift, Vol. III, p. 442, § 912-914.

(*p*) Simon und Strampff, Entscheidungen des Obertribunals, Vol. III, num. 20, p. 165 sq.

sa chose. Suivant mes adversaires, la prescription commence au moment où la chose a été reçue, parce que le propriétaire peut aussitôt la redemander, ce qui détermine l'existence du droit d'action. Ces cas ne demandent que quelques observations particulières. — Souvent on assigne au commodat non pas un délai, mais un but particulier; quand, par exemple, on prête une voiture ou un cheval pour un voyage déterminé. La prescription commence alors aussitôt le voyage fini, parce qu'alors cesse le consentetement du propriétaire exprimé par le contrat. Ce cas est absolument semblable à celui d'un prêt fait pour un an. — Relativement au dépôt, mes adversaires invoquent un texte qui au contraire confirme mon opinion (*q*) :

Est... scriptum, eum, qui rem deposuit, *statim posse depositi agere*.

En prenant ces mots ainsi isolés, on pourrait croire que l'action, et par conséquent la prescription, commencent au moment du contrat, et non au moment de la réclamation. Mais les mots qui suivent prouvent qu'il n'est pas ici question de ce contraste :

Hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, *quod reposcenti rem non reddat*.

En effet, on admettait en principe que l'*actio*

(*q*) L. 1, § 22, depositi (XVI, 3).

depositi était uniquement fondée sur le *dolus* du dépositaire. De là on aurait pu faussement induire que le propriétaire devait attendre que le dépositaire eût détruit ou aliéné le chose. Julien et Ulpien avertissent que le simple refus constitue le *dolus* et motive l'action. Ici même l'on dit expressément que l'action résulte du refus de rendre la chose, et non pas du dépôt originaire.

§ CCXLI. *Extinction du droit d'action.* — III. *Prescription. Conditions.* a. Actio nata. (Suite.)

Voici un cas de la même nature que ceux qui précèdent, mais plus important, et qui depuis le douzième siècle a attiré l'attention des auteurs. Si un débiteur a remis une chose comme gage à son créancier, et que plus tard il veuille reprendre son gage en vertu de l'*actio pignoratitia,* on demande à quelle époque commence la prescription de cette action.

D'après les principes que j'ai établis, la solution de cette question n'est pas douteuse. Le créancier possède la chose avec le consentement du débiteur, et ainsi ne viole nullement son droit, et il n'y a pas d'action possible puisque le créancier ne trompe aucune attente fondée sur la nature du rapport de droit. Le débiteur ne commet aucune négligence; l'état de choses exis

20.

tant résulte de la volonté commune des parties, et souvent il leur est également avantageux. La raison de décider est même ici plus évidente que dans les cas précédents. Là, en effet, pour faire naître l'action, il suffisait que le propriétaire de la chose changeât de volonté. Ici cette volonté ne suffit pas; il faut en outre, pour motiver l'action, un fait important, souvent très-difficile, la satisfaction du créancier. L'*actio pignoratitia* ne peut naître que quand ce fait est accompli; et alors une réclamation expresse n'est pas même nécessaire, car le créancier une fois satisfait, le titre en vertu duquel il possédait le gage se trouve anéanti.

Voici un texte qui contient la reconnaissance formelle de cette décision (*a*) :

Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, *ut nascatur pignoratitia actio.*

Si donc, comme le dit expressément ce texte, avant la satisfaction du créancier il n'y a pas d'*actio nata*, d'après le principe établi plus haut (§ 239), la prescription ne peut commencer plus tôt.

Je puis aussi invoquer, à l'appui de cette doctrine, une décision du traité de Westphalie. Le retrait des biens engagés a été de tout temps un

(*a*) L. 9, § 3, de pign. Act. (XIII, 7).

objet d'une grande importance pour le droit public, parce que souvent des territoires entiers ont été constitués comme gages avec transmission de la possession. Le traité de Westphalie dit à ce sujet que la possession même immémoriale ne peut être opposée au retrait des gages donnés par un État à un autre, ce qui exclut à bien plus forte raison la prescription ordinaire (*b*). Cette décision ne saurait être considérée comme loi en droit privé; mais elle renferme du moins une déclaration non équivoque de l'autorité impériale sur la question qui nous occupe. Quand, au contraire, dans le même traité et dans la capitulation, on dit que les gages donnés par l'Empire aux divers États leur sont irrévocablement acquis (*c*), cela n'a aucun rapport à notre question de prescription, car on ne distingue point entre la possession plus longue ou plus courte. Cette décision n'a même aucune base juridique, on doit la ranger parmi les nombreuses concessions faites par les empereurs aux

(*b*) Instr. Pac. Osnabr. Art. 5, § 27. Si l'on ajoute que les exceptions de l'adversaire doivent être écoutées, cela évidemment ne se rapporte pas à la prescription, mais aux dépenses que le détenteur du gage aura faites pour les biens engagés, à la vérification du payement, le titre des monnaies ayant été souvent changé, etc.

(*c*) Instr. Pac. Osnabr. Art 5, § 26. Cap. Cæs. Art. 10, § 4.

États qui, placés en face d'un souverain électif, augmentaient incessamment leurs pouvoirs.

La question du retrait des biens engagés a été pour les glossateurs l'objet de vives controverses (*d*). Dans la suite, la majorité des bons auteurs s'est déclarée pour la doctrine que j'expose ici, et cette doctrine a été confirmée par de nombreuses décisions des tribunaux les plus respectables (*e*). Néanmoins l'opinion contraire a trouvé des défenseurs jusque dans les temps modernes. Ceux-ci invoquent la règle réfutée plus haut, que la prescription commence pour une action qui n'existe pas encore, quand il dépend de la volonté du demandeur de faire naître l'action; or, disent-ils, il en est toujours ainsi, car si le débiteur n'a pas d'argent pour retirer le gage, cet obstacle est un simple fait auquel on ne doit pas avoir égard (*f*).

Ce cas important présente encore à résoudre quelques questions secondaires. Le droit de retirer le gage n'en est pas moins imprescriptible, quoique le payement de la dette ait été vaine-

(*d*) Dissenssiones Dominorum, ed. Haenel, p. 27, 78, 195, 477-480.

(*e*) Cujacii Paratit. in C. VII, 39, et Comm. in tit. D. de usurp., L. 13. Giphanius, p. 248. Glück, Vol. XIV, p. 170-177. Thibaut, Verjahrung, p. 123. Pandekten, § 1020. Thon, p. 16, p. 20-26, où les objections des adversaires sont très-bien refutées.

(*f*) Unterholzner, II, § 264.

ment réclamé du débiteur. Si le débiteur est coupable de négligence, ce n'est pas relativement au retrait du gage, qui continue de remplir son but primitif, mais relativement au payement de la dette ; cette négligence constitue la *mora*, et entraîne pour le débiteur les préjudices qui y sont attachés. — On pourrait croire qu'il y a du moins exception dans le cas où la dette elle-même est préscrite, car autrement le débiteur reprendrait son gage sans avoir payé la dette. Mais ce cas ne peut jamais se présenter, car la possession du gage est une reconnaissance continue de la dette par le débiteur, ce qui empêche la prescription de l'action (*g*). — Enfin, j'observe que l'imprescriptibilité de l'*actio pignoratitia* s'applique au retrait du gage, et non à d'autres objets. Si donc le créancier détruit ou endommage le gage, le débiteur a droit à une indemnité pécuniaire qui se poursuit en vertu de l'*actio pignoratitia;* mais cette indemnité est soumise à la prescription ordinaire, qui commence au moment de la violation du droit.

Enfin, le dernier droit appartenant à cette classe d'obligations est celui du réméré. Quand un vendeur, par une clause accessoire, se réserve le droit de racheter quand il le voudra la chose vendue, ce droit est protégé par l'*actio venditi*,

(*g*) L. 7, § 5, C. de præscr., XXX (VII, 39.)

et ici encore se présente la question de savoir à quelle époque commence la prescription de l'action. Suivant plusieurs auteurs, la prescription commence au moment du contrat, ou du moins au moment de la livraison, puisque le vendeur peut aussitôt exercer son droit et l'action qui le protége (*h*). D'après le principe que j'ai établi, elle commence au moment où le vendeur exprime l'intention de racheter la chose. On ne saurait dire qu'à l'instant de la tradition il y avait lieu de croire que l'acheteur rendrait aussitôt la chose volontairement; telle n'est pas l'intention des parties, et même l'acheteur ne le peut pas, car le droit réservé appartient exclusivement au vendeur. L'état de choses qui précède l'exercice de ce droit existe avec l'agrément du vendeur, et ne donne lieu à aucune action; le rapport est absolument le même que dans l'hypothèse d'un commodat fait pour un temps indéterminé (*i*).

Au reste, ce cas n'offre que peu d'intérêt. Il suppose que le droit de réméré a été réservé pour un temps illimité, c'est-à-dire pour toujours, et cela se voit sans doute très-rarement. Presque toujours le réméré doit être exercé dans

(*h*) Thon, p. 3. Vangerow, I, p. 191.

(*i*) Glück. Vol. I, p. 116, Vol. XVI, § 998. Thibaut, Verjahrung, p. 124. Kierulff, I, p. 194.

un délai déterminé, le plus souvent fort court; ce délai expiré, le droit lui-même est éteint, et il ne reste plus d'action dont la prescription puisse nous occuper.

C) Il me reste enfin à examiner une troisième classe d'obligations, qui, par rapport au commencement de la prescription, ont une nature particulière : ce sont les obligations imposant des prestations périodiques. Ce cas peut se présenter sous différents aspects. La prestation périodique peut être l'accessoire d'une dette principale, ou bien être l'objet unique de l'obligation. Dans le premier cas, la question de la prescription peut être posée, soit pour la dette principale, soit pour les prestations périodiques.

1) Prescription d'une dette principale à laquelle se rattachent comme accessoires des prestations périodiques.

Le cas principal de ce genre est celui du prêt à intérêts, et ici peu importe que la dette ait été dès l'origine constituée comme prêt, ou que l'on fasse produire des intérêts à toute autre espèce de dette, et qu'on lui donne ainsi le caractère du prêt.

La règle est que la prescription de la dette principale commence aussitôt que les intérêts cessent d'être payés (*k*). Elle ne commence pas

(*k*) Si, du reste, les intérêts continuent à ne point être payés; car tout payement subséquent, si incomplet ou si irrégulier qu'il

plus tôt, car le payement de chaque terme d'intérêts est une reconnaissance de la dette principale, reconnaissance dont l'effet se prolonge jusqu'au terme suivant (*l*); elle ne commence pas plus tard, car le défaut de payement d'un terme constitue une violation qui doit déterminer le créancier à agir. On pourrait prétendre que la violation portant sur les intérêts, non sur le capital, la prescription de l'action ne commence pas pour le capital, mais seulement pour les intérêts. Mais la supposition la plus naturelle est que le créancier considère son droit au capital et aux intérêts comme un tout indivisible, et que cette violation partielle lui donne occasion de réclamer son capital, ou du moins de prendre des mesures nécessaires pour en empêcher la prescription (*m*).

Si cette doctrine peut être contestée en théorie, elle n'en est pas moins écrite dans le texte suivant du droit romain, dont on ne saurait mé-

puisse être, interrompt la prescription, comme nouvelle reconnaissance de la dette principale.

(*l*) Voilà pourquoi Justinien donne au créancier le droit d'exiger une *antapocha*, pour établir la preuve que les intérêts lui ont été payés. L. 19, C. de fide instr. (IV, 21). Au reste, dans la vie réelle, ces contre-quittances ne se demandent jamais.

(*m*) C'est ce que fait le créancier quand même il se borne à réclamer les intérêts échus. Le principe ne trouve donc son application rigoureuse que si le créancier reste complétement dans l'inaction après la cessation du payement des intérêts.

connaître la sagesse et l'utilité pratique (*n*) :

Exceptionem etiam triginta vel quadraginta annorum in illis contractibus, in quibus usuræ promissæ sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvit.

Cette loi désignant comme commencement de la prescription le moment où les intérêts cessent d'être payés, elle confirme tout ce que j'ai dit, c'est-à-dire l'exclusion d'un point de départ antérieur ou postérieur. Divers auteurs ont prétendu à tort restreindre ce texte au commencement de la prescription des intérêts (*o*) ; mais pour cela il n'était pas besoin d'une disposition législative, et l'ensemble de la loi nous montre que l'empereur a voulu régler un point sur lequel il pouvait y avoir divergence d'opinions. Aussi dit-il : Pour les dettes portant intérêts, la prescription trentenaire de l'action résultant du *contractus* (c'est-à-dire en payement du capi-

(*n*) L. 8, § 4, C. de præsc., XXX (VII, 39).

(*o*) Déjà la glose sur la L. 7, § 4, C. eod., et D. Gothofredus, sur la L. 8, § 4 cit., s'exprime en ce sens. Kierulff, p. 195, se prononce plus nettement encore : Sans cela, dit-il, on aurait tort de prétendre que le non-payement des intérêts implique la négation de la dette principale. Cette négation n'est jamais nécessaire pour faire commencer la prescription (§ 239), et, par exemple, elle ne résulte pas de ce fait, que l'acheteur n'acquitte pas le prix de la vente. Thon, p. 29-31, a très-bien traité cette question.

tal) commence aussitôt que les intérêts cessent d'être payés.

Néanmoins notre règle demande quelques explications. Ainsi elle n'est vraie que quand la dette doit être payée à la première réquisition, ce qui s'entend de soi-même, en l'absence de toute convention particulière. Si, au contraire, la dette devait être payée, par exemple, trois mois après la première réquisition, la prescription de la dette ne commencerait que trois mois après la cessation du payement des intérêts; car, en supposant la réquisition faite le jour même du défaut de payement, l'action ne pourrait être exercée que trois mois après. — Si le prêt a été fait pour un temps déterminé, dix années, par exemple, la prescription ne commence qu'à l'expiration de ce terme, quelle que soit l'époque où les intérêts aient cessé d'être payés, car, dans aucun cas, le capital ne pouvait être réclamé avant l'expiration des dix années. Si depuis l'échéance de ce terme le débiteur conserve la possession de l'argent, et continue à payer des intérêts, cela constitue un renouvellement tacite du prêt; mais alors il est exigible à la première réquisition. — Quelquefois il arrive que le payement des intérêts n'est pas plus établi que le défaut de payement, de sorte que les deux parties sont dans la même incertitude; par exemple, lorsque après la mort du créancier ou du débiteur,

ses héritiers n'ont pas connaissance de ses affaires, et ne trouvent là-dessus aucun renseignement. On pourrait croire que le payement étant un fait, le non-payement doit être présumé jusqu'à preuve contraire. Cette décision serait fort dure pour le créancier, qui, vu la rareté des contre-quittances (note *t*), peut difficilement faire la preuve du payement reçu. Mais en réalité, c'est au débiteur à fournir la preuve (*p*), parce que le fait négatif du défaut de payement est posé par la loi comme point de départ de la prescription (note *n*). D'ailleurs, abstraction faite de cette circonstance, le payement ne se présumerait pas plus que le non-payement; alors la question des intérêts n'aurait aucune influence sur le commencement de la prescription, et le cas rentrerait dans celui du prêt sans intérêts, où la sommation de payer bien constatée marque le point de départ de la prescription (§ 240.)

Le contrat de louage est semblable au prêt à intérêt. Ici encore le payement de chaque terme de loyer est une reconnaissance de la dette principale, et empêche la prescription de la *locati actio*. De même aussi, le défaut de payement doit faire commencer la prescription de cette

(*p*) Ainsi, cette preuve peut résulter de plusieurs lettres écrites pour réclamer les intérêts échus.

action d'après l'analogie du prêt à intérêts (*q*). On pourrait objecter ici la disposition législative qui déclare imprescriptible la *locati actio* pour la restitution de la chose louée; mais la loi suppose évidemment que dans l'intervalle l'existence du contrat de louage a été établie d'une manière quelconque, de sorte que la prescription n'atteint plus que le payement du loyer (*r*). — Quand un immeuble a été loué ou affermé pour un temps déterminé, la règle diffère de celle qui régit le prêt à intérêts dans les mêmes circonstances. Si le locataire cesse pendant deux ans de payer son loyer, le propriétaire doit l'expulser (*s*), ou dès ce moment la prescription de la *locati actio* commence à courir.

L'emphytéose n'est soumise à aucune dénonciation, et ainsi le défaut de payement du canon

(*q*) On peut donner pour preuve de cette assimilation, que le propriétaire d'un immeuble affermé, comme le créancier d'une somme prêtée à intérêts, peut exiger une *antapocha* toutes les fois que lui-même donne une quittance. L. 19, C. de fide instr. (IV, 21). « In præfatis casibus, *vel aliis privatis similibus....* » Voy. note *l*.

(*r*) L. 7, § 6, C. de præscr., XXX (VII, 39), verb. « vel « conductori. » — Cela résulte notamment de la L. 14 C. de fundis patr. (XI, 61), d'après laquelle le *ademti canonis beneficium* peut s'acquérir par prescription, même quand il s'agit des biens patrimoniaux de l'empereur. — Au reste, cela est changé pour la *locati actio*, depuis que le droit canon a exigé la *bona fides* dans les cas de cette espèce. J'en parlerai plus bas.

(*s*) L. 54, § 1, L. 56, locati (XIX, 2), L. 3, C. eod. (IV, 65).

semble n'avoir aucune influence sur la prescription de l'action en réclamation de l'immeuble lui-même. Néanmoins, quand l'emphytéote cesse pendant trois ans de payer le canon et les impôts, il doit être expulsé (*t*), ou bien la prescription de l'action principale commence à courir, car l'emphytéose est alors mise sur la même ligne qu'une location ordinaire. — On pourrait croire cette action imprescriptible (*u*); mais la règle est la même que celle établie plus haut pour le contrat de louage.

2) Prescription des prestations périodiques elles-mêmes, quand elles ne sont qu'accessoires. Lorsque la dette principale est prescrite, tous les intérêts non payés sont prescrits également, quelle que soit leur date (*v*). Le motif de cette anomalie apparente est que la poursuite de l'accessoire, après la perte du principal, implique contradiction. Un autre motif plus pratique, c'est que la prescription des dettes repose sur la présomption du payement (§ 237); si donc la dette est réellement éteinte, il n'y a plus d'intérêts qu'on puisse réclamer.

Quand l'action en payement du capital est

(*t*) L. 2, C. de jure emph. (IV, 66.)

(*u*) L. 7, § 6, de præscr. XXX (VII, 39), verb. « ei, qui jure « emphiteutico rem aliquam.... detinuerit.... » Voy. note *r*.

(*v*) L. 26, C. de usuris (IV, 32). Cujacius. Paratit. in Cod. VII, 39.

mise à l'abri de la prescription, par exemple quand le débiteur a reconnu la dette, l'action relative aux intérêts se prescrit à partir de l'échéance de chaque terme. Il en est de même des sommes dues pour loyers ou pour fermages (*w*).

3). Les actions ayant pour objet des prestations périodiques non accessoires, telles que les rentes perpétuelles constituées par testament, se prescrivent successivement, et à compter de l'échéance de chaque prestation (*x*), comme dans le cas qui précède. Si néanmoins le débiteur nie le droit lui-même et refuse en conséquence d'acquitter la prestation périodique, le créancier en intentant son action a l'occasion d'établir le droit servant de base aux prestations périodiques. S'il n'intente aucune action, il perd, après trente ans, le droit de réclamer les prestations subséquentes, comme s'il s'agissait des intérêts d'un capital (*y*).

§ CCXLII. *Extinction du droit d'action.* — III. *Precription. Conditions.* b. Négligence continue.

La négligence qui fait la base de la prescription doit s'être continuée pendant un certain laps de

(*w*) L. 7, § 6, C. de præscr., XXX (VII, 39).

(*x*) La L. 7, § 6. C. de præscr., XXX (VII, 39), embrasse évidemment aussi le cas des prestations périodiques indépendantes.

(*y*) Unterholzner, II, § 260.

temps. Si donc, à une époque quelconque de ce laps de temps, la négligence n'existe pas, la prescription est interrompue, et il ne reste aucune trace de l'état de choses qui constituait l'acheminement à la prescription. Une prescription nouvelle peut commencer plus tard, mais elle est tout à fait indépendante de la première, et ne peut s'y rattacher en aucune manière.

L'interruption peut s'opérer de trois manières : par la cessation de la violation, par la reconnaissance du droit émanant de l'adversaire, par l'exercice de l'action.

I. Cessation de la violation.

Elle détruit toujours l'action elle-même (§ 230), et par conséquent aussi la prescription qui s'y rapporte, de sorte que plus tard il peut naître une action nouvelle semblable à la première, mais dont la prescription ne se rattache nullement à celle de la première action.

Sous ce rapport, il est indifférent que la cessation ait été de courte ou de longue durée, et que le titulaire du droit en ait ou non recouvré la jouissance. Ainsi la prescription de l'action résultant de la propriété est également interrompue, si le propriétaire rentre en possession, ou si un tiers s'en empare violemment sans aucun acte juridique.

Si l'action résulte d'une dette, la détention du gage par le créancier opère une semblable

interruption (*a*). On peut considérer cette possession comme la jouissance de la créance elle-même, c'est-à-dire de sa valeur vénale, à cause du droit attribué au créancier de faire vendre le gage et de se payer sur le prix (*b*).

II. Reconnaissance du droit émanant de l'adversaire. Elle fait disparaître à la fois la négligence du titulaire et la présomption de l'extinction du droit résultant de cette négligence : une prescription nouvelle ne peut commencer que du moment de la reconnaissance. Néanmoins cet effet important n'est pas attaché à toute déclaration verbale ou écrite ; la reconnaissance doit présenter le caractère d'un acte juridique. Cette règle se déduit des exemples suivants d'une semblable interruption, mentionnés dans les sources du droit.

(*a*) L. 7, § 5, C. de præscr., XXX (VII, 39) : « Si quis « eorum quibus aliquid debetur, res sibi suppositas *sine violen-* « *tia tenuerit*, per hanc detentionem interruptio fit præteriti « temporis..... » La restriction exprimée par ces mots : *sine violentia*, est fondée sur ce que toute possession résultant de la violence peut être enlevée par un interdit, et, d'après les nouvelles règles sur la matière, entraîne la perte du droit lui-même.

(*b*) Donellus, lib. XVI, C. 8, § 23. — Quand un créancier acquiert la possession du gage, avec le consentement du débiteur, ou que du moins celui-ci reconnaît la possession et n'y met point obstacle, cela constitue une reconnaissance de la dette, c'est-à-dire une interruption de la seconde espèce. Cette cause d'interruption est donc moins générale et moins décisive que celle exprimée dans le texte.

Ce sont : la constitution d'un nouveau titre (*c*); tout payement des intérêts (*d*); le payement partiel de la dette principale, pourvu qu'il soit fait expressément à titre d'à-compte (*e*); la dation d'un gage non encore convenu (*f*); la dation d'une caution (*g*); enfin l'engagement renouvelé de payer une dette antérieure (*constitutum*) (*h*).

Quand il y a pour la même dette deux créanciers ou deux débiteurs (*duo rei*), la reconnaissance de l'un d'eux nuit ou profite aux autres (*i*).

D'un autre côté, le simple avertissement donné au débiteur, ni la cession de la créance faite à un tiers, n'interrompent la prescription (*k*). Ces

(*c*) L. 7, § 5, C. de præscr., XXX (VII, 39).

(*d*) L. 8, § 4, C. de præscr., XXX (VII, 39), L. 19, C. de fide instr. (IV, 21). Cf. § 241.

(*e*) L. 5, C. de duobus reis (VIII, 40).

(*f*) J'invoquerai sur ce point l'analogie de la prise de possession d'un gage déjà constitué (note *a*), la nouvelle action hypothécaire, qui donne au créancier un second moyen d'obtenir satisfaction, enfin l'analogie du nouveau titre (note *c*); car la constitution d'un gage est une reconnaissance de la dette, non moins formelle, et seulement plus efficace.

(*g*) On peut invoquer ici plusieurs des preuves alléguées, note (*f*), au sujet du droit de gage. C'est à tort que Giphanius, p. 250, combat cette proposition.

(*h*) L. 18, § 1, de pec. const. (XIII, 5). Cet acte engendre une nouvelle action, la *constitutoria actio;* de plus, il entraîne la reconnaissance de la première obligation, et, par suite, l'interruption de la prescription.

(*i*) L. 5, C. de duobus reis (VIII, 40).

(*k*) Unterholzner, II, 262.

actes, auxquels le débiteur est étranger, n'établissent aucune reconnaissance de sa part.

III. Exercice de l'action.

Ici il importe avant tout de déterminer avec exactitude le moment où commence l'interruption.

C'était dans l'ancien droit au moment de la *litiscontestatio*, parce qu'elle amenait pour la première fois l'action *in litem* (*l*). Cette règle ne compromettait pas les droits du créancier tant que la citation fût un acte privé, dont la prompte exécution était garantie par une action en dommage et par la faculté d'exiger caution.

Si cette règle subsistait encore dans les sources du droit et dans la pratique, elle demanderait une prompte réforme, car rien ne serait plus facile au défendeur que d'empêcher l'interruption en reculant la *litiscontestatio*. Mais déjà dans le droit romain nouveau s'étaient établis des rapports semblables aux rapports actuels, et qui déterminèrent les modifications suivantes.

Ce fut d'abord la *litis denunciatio*, institution spéciale des temps intermédiaires, qui interrompit la prescription (*m*). Enfin, ce fut la cita-

(*l*) L. 8, in f. de fid. et nomin. (XXVII, 7), L. 9, § 3, de jurejur. (XII, 2). Keller, Litiscontestation, p. 82. Unterholzner, I, § 124. — Il en était ainsi, notamment pour la longi temporis præscriptio. L. 10, C. de præscr. longi temp. (VII, 33), L. 25, C. de rei vind. (III, 32).

(*m*) Hollweg, Handbuch des Prozesses, Vol. I, p. 249.

tion faite en conséquence de la demande adressée au juge et communiquée au défendeur. Cette règle, suivie dans la pratique moderne, satisfait tous les besoins (*n*). On pourrait douter que telle fût réellement l'intention de Justinien, d'après l'expression équivoque d'un texte (*o*) où on lit : Quæ *in judicium deductæ* sunt, cognitionalia acceperunt *certamina;* mais d'autres textes lèvent toute incertitude. Ainsi nous voyons l'interruption opérée etiam per solam *conventionem* (*p*); ailleurs nous lisons : subsecuta *per executorem conventio* (*q*); ensuite la possession du gage est assimilée à la *litiscontestatio*, et l'on dit à ce sujet : *multo magis* quam si esset *interruptio per conventionem introducta* (*r*), d'où nous voyons l'interruption attribuée à la citation littéralement distincte de la *litiscontestatio*. Mais voici le texte le plus décisif (*s*) :

Qui obnoxium suum in judicium clamaverit, *et libellum conventionis ei transmiserit....* videri jus suum omne *eum in judicium deduxisse, et esse interrupta temporum curricula.*

Ce texte établit : premièrement, que la signi-

(*n*) Hollweg, Vol. I, p. 253.
(*o*) L. 1, § 1, C. de ann. exc. (VII, 40).
(*p*) L. 7 p., C. de præscr., XXX (VII, 39).
(*q*) L. 3, C. de præsc., XXX (VII, 39).
(*r*) L. 7, § 5, C. de præscr., XXX (VII, 39). Cf. note *a*.
(*s*) L. 3, C. de ann. exc. (VII, 40.)

fication de la demande interrompt toute prescription (*temporum curricula*); secondement, que cette signification est désormais la véritable *deductio in judicium*. Cette dernière disposition nous explique le texte équivoque cité plus haut (note *o*).

La doctrine que je viens d'exposer est suivie dans la pratique, et en théorie elle a trouvé peu de contradicteurs (*t*). Unterholzner regarde le changement de l'ancien droit comme plus douteux qu'il ne l'est réellement. Il regarde la *litiscontestatio* comme opérant encore aujourd'hui l'interruption; mais, pour répondre aux besoins de la pratique, il lui attribue un effet rétroactif qu'il fait remonter jusqu'à la signification de la demande (*u*). D'autres établissent une distinction imaginaire entre les prescriptions de trente ans et les prescriptions plus courtes, et ils prétendent que les premières sont interrompues par la signification, les secondes par la *litiscontestatio* (*v*).

(*t*) Glück, Vol. III, § 236, se montre tellement confus, qu'on ne saurait le ranger ni parmi les partisans ni parmi les adversaires de la doctrine que j'établis ici.

(*u*) Unterholzner, I, § 124.

(*v*) Tels sont les anciens auteurs contre lesquels se prononce Giphanius, p. 248, 249, et récemment Vangerow, I, p. 182. Cette opinion se fonde sur ce que les anciens textes, où la *litiscontestatio* est représentée comme interruptive, se rapportent seulement aux courtes prescriptions, parce qu'alors il n'y en

§ CCXLIII. *Extinction du droit d'action.* — III. *Prescription.* — *Conditions.* b. Négligence continue. (Suite.)

Je dois mentionner divers moyens d'interrompre la prescription d'une manière aussi sûre que par la signification de la demande.

Lorsque celui contre qui l'action est dirigée ne peut recevoir lui-même la signification parce qu'il est absent, impubère ou frappé d'aliénation mentale, et qu'il n'a pas de représentant, le demandeur peut interrompre la prescription en remettant sa demande à l'autorité judiciaire, et si cela ne lui est pas possible, à l'évêque ou au défenseur du lieu, et enfin au besoin, en affichant publiquement sa demande dans le lieu où demeure son adversaire (*a*).

Quand il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, il suffit qu'un seul agisse ou soit ac-

avait pas d'autres. Si, au moyen de cette distinction, on veut regarder ces textes comme encore en vigueur, ils se trouvent en contradiction avec les expressions générales des lois de Justinien que j'ai citées. D'ailleurs, n'y aurait-il pas inconséquence à rendre plus difficile l'interruption des courtes prescriptions, que l'on devrait plutôt faciliter, s'il fallait établir une différence?

(*a*) L. 2, C. de ann. exc. (VII, 40.) Unterholzner, I, § 129. On comprend qu'il ne peut plus être question aujourd'hui du défenseur ni de l'évêque; et, en général, on pourrait difficilement recourir à ce moyen extraordinaire.

tionné pour interrompre la prescription à l'égard des autres (*b*). — Quand un créancier intente contre son débiteur l'action personnelle, la prescription de l'action hypothécaire est interrompue, et réciproquement dans le cas inverse (*c*). Quand il existe entre les mêmes personnes plusieurs rapports de droit litigieux, et que la demande est tellement indéterminée, qu'on ne peut reconnaître le litige auquel elle s'applique, la prescription est interrompue pour toutes les actions (*d*). — Il n'est pas non plus douteux que l'action en payement d'un terme d'intérêts n'interrompe la prescription de l'action principale, car l'existence de la dette principale peut être alléguée à l'occasion de ce débat accessoire.

Lorsque les parties font un compromis, la remise de la demande à l'arbitre choisi interrompt la prescription (*e*).

Les faits suivants, au contraire, ne doivent

(*b*) L. 5, C. de duobus reis (VIII, 40).

(*c*) L. 3, C. de ann. exc. (VII, 40.)

(*d*) L. 3, C. de ann. exc. (VII, 40.) D'après cette analogie, on pourrait admettre que l'action exercée sans résultat au possessoire interrompt en même temps la prescription de la revendication. Unterholzner, I, p. 445, n'admet point cette interruption; mais il ajoute à la prescription de la revendication le temps perdu dans l'exercice de l'action au possessoire.

(*e*) L. 5, § 1, C. de rect. arbitris (II, 56). Anciennement ce point était très-controversé.

point être considérés comme interrompant la prescription.

L'exercice de l'action interrompt la prescription pour ou contre les personnes qui y figurent et leurs successeurs, mais non pour ou contre des personnes étrangères entre lesquelles pourrait s'exercer la même action ou une action analogue. Ainsi l'action en réclamation d'une dette n'interrompt pas la prescription du gage dont un tiers est détenteur (*f*).

La présentation d'une exception n'interrompt pas la prescription de l'action qui dérive du même rapport de droit. Sans doute, quand l'exception est admise ou rejetée par le juge, la question relative à la prescription du rapport de droit se trouve ordinairement absorbée (*g*). Mais le principe a de l'importance dans le cas où le premier procès est abandonné, et dans le cas où le juge, se décidant par d'autres motifs, ne prononce pas sur le mérite de l'exception (*h*).

La remise de la demande à l'empereur, quand même elle serait suivie d'une *rescriptio*. Cette

(*f*) Thon, p. 5. On a vu, note *b*, qu'il en est autrement dans le cas de plusieurs débiteurs ou de plusieurs créanciers.

(*g*) Quand, par exemple, la réclamation, opposée à titre de compensation, est déclarée non fondée, le demandeur a plus tard, contre cette même réclamation, l'*exceptio rei judicatæ*.

(*h*) Unterholzner, I, § 128.

remise interrompait la prescription des actions annales prétoriennes, mais non les autres prescriptions, nommément celles de trente ans (*i*). Cela n'a pas d'application au droit actuel.

La demande portée devant un juge incompétent n'interrompt pas la prescription (*k*).

Les effets de l'interruption résultant d'une action intentée varient selon qu'il y a eu un jugement régulièrement prononcé, ou que le procès a été abandonné. Dans le premier cas, le jugement seul règle le sort du rapport de droit, et il ne peut plus être question, ni de l'action antérieure, ni de sa prescription. Dans le second cas, après un court délai, l'action était à jamais perdue en vertu de la prescription de la procédure, très-différente de la prescription de l'action (*l*). Mais si, au contraire, la prescription de la procédure n'était pas applicable (*m*), l'action acquérait une durée indéfinie (*n*), car l'ancienne prescription était anéantie, et il n'y en avait aucune établie pour ce cas; or, les actions perpétuelles ayant été en général déclarées trentenaires, il était na-

(*i*) L. 2, C. quando lib. (I, 20), L. 3, C. de præscr., XXX (VII, 39). Unterholzner, I, § 130.

(*k*) L. 7, C. ne de statu (VII, 21).

(*l*) Gajus, IV, § 104, 105.

(*m*) Ainsi, après son abolition, ou, suivant plusieurs auteurs, hors de Rome; car elle paraît n'avoir jamais été appliquée que dans Rome.

(*n*) L. 139 pr., de R. J. (L. 17.)

turel de soumettre à la prescription de trente ans cette action illimitée (*o*).

Ici Justinien fit une innovation importante. L'action illimitée peut être exercée pendant quarante ans à compter du dernier acte juridique, et elle n'est prescrite qu'après l'expiration de ce terme (*p*).

On a cherché sans aucun fondement à restreindre de diverses manières l'application de cette loi. Ainsi, on a dit qu'elle se rapportait uniquement aux actions personnelles. Cette opinion repose sur diverses expressions mal entendues de la loi (*q*). — D'autres restreignent les quarante ans aux cas où la *litiscontestatio* a été engagée ; mais si ce procès a été abandonné depuis la citation et avant la *litiscontestatio,* ils appliquent la prescription de trente ans (*r*). Cette distinction est une des vaines tentatives faites pour

(*o*) L. 1, § 1, C. Th. de act. certo temp. fin. (IV, 14.) Cette partie du texte a dû être omise dans la L. 3, C. Just., de præscr., XXX (VII, 39), à cause du changement dont je vais parler.

(*p*) L. 9, C. de præscr., XXX (VII, 39) : « ex quo novissima processit cognitio. » L. 1, § 1, C. de ann. exc. (VII, 40.) Si l'on n'en est pas venu jusqu'à la citation, la prescription n'est pas interrompue.

(*q*) L. 9, C. cit. : « Sed licet *personalis actio* ab initio fuerit « instituta, eam *tamen* in quadragesimum annum extendimus. » Cela a trait à l'*action hypothécaire* qui, autrefois, durait quarante ans, lors même qu'elle n'avait pas été exercée. Unterholzner, I, p. 446.

(*r*) Donellus, Lib. XVI, C. 8, § 23.

concilier l'ancien principe avec le nouveau, l'un qui fait dépendre l'interruption de la *litiscontestatio*, l'autre de la citation (*s*). — Plusieurs prétendent que les quarante ans s'appliquent seulement aux actions trentenaires dans l'origine, et que pour les actions plus courtes la prescription est acquise après trente ans à compter du dernier acte de la procédure (*t*). Cette restriction est en contradiction avec la généralité de la loi de Justinien, et dès lors doit être rejetée comme arbitraire (*u*). D'autres exigent cinquante ans pour les actions où il fallait autrefois quarante ans, et cette opinion est encore moins fondée que la précédente (*v*). Voici des considérations générales qui s'élèvent contre ces diverses opinions, indépendamment des termes absolus de la loi. Quand une action intentée est abandonnée, la position du demandeur est tout autre qu'avant le commencement du litige, et dès lors les motifs qui, dans l'origine, avaient fait établir des prescriptions tantôt plus courtes, tantôt plus longues, ne subsistent plus. On verra surtout combien la position du demandeur est changée, si l'on réfléchit que désormais il devient impossible de déter-

(*s*) Cf. § 242, note *v*.

(*t*) Cujacius, Observ. XVIII, 29. Unterholzner, I, p. 447.

(*u*) Thibaut, Verjährung, p. 120. Göschen, I, p. 447. Vangerow, I, p. 181.

(*v*) Unterholzner, I, p. 446, combat aussi cette opinion.

miner quelle part ont à l'abandon du procès, le demandeur, le défendeur, ou le juge. A ce point de vue, toutes les actions se trouvent sur la même ligne, quelle que soit la durée de la prescription originaire, et dès lors il n'y a aucun motif de déployer contre le demandeur une rigueur plus grande dans un cas que dans un autre.

Dans les cas suivants, au contraire, le terme de quarante ans n'est point applicable.

I. Après le jugement régulièrement prononcé. Au premier abord, il semble que la position du demandeur ne doit pas être plus défavorable qu'avant le jugement, lorsque son droit était encore incertain (w). Néanmoins la prescription est alors de trente ans (x). En effet, le jugement régulièrement prononcé opère une novation véritable, car il peut changer complétement la réclamation primitive; aussi est-il appelé expressément *novatio* (y). On n'a pas à modifier la prescription de l'action originaire, car cette action n'existe plus : le jugement engendre une action nouvelle soumise comme toute autre action à la prescription ordinaire. Voici une considération plus pratique conduisant au même résultat. Tant que le procès était pendant, le demandeur pouvait alléguer pour excuse sa fatigue et le déses-

(w) Unterholzner, I, § 125, p. 444, II, § 267.
(x) Pufendorf, T. I, Obs., 117.
(y) L. 3 pr., C. de usuris rei jud. (VII, 54.)

poir d'en voir le terme; mais après que tout a été décidé à son avantage, cette justification lui manque.

II. Quand un procès a été terminé par une transaction. Cela, d'après les mêmes motifs, est encore plus incontestable. En effet, l'action originaire n'existe plus, la transaction est un nouvel acte juridique, et l'action qui en résulte se prescrit par trente ans, comme toute autre action.

III. La dernière exception à la règle des quarante ans a un motif moins général que les précédentes. Ce motif est historique, et il nous montre sous un fâcheux aspect l'organisation judiciaire de l'empire germanique. Quand un procès, après avoir été complétement instruit devant un tribunal impérial, ne recevait pas de décision, le demandeur n'avait aucun moyen de contrainte pour obtenir jugement. Ce cas donnait lieu à des controverses; néanmoins l'opinion équitable, qu'aucune prescription, pas même celle de quarante ans, ne courait contre le demandeur, avait fini par prévaloir. Après la dissolution de l'empire germanique, les procès portés devant les tribunaux impériaux furent renvoyés devant les tribunaux suprêmes des divers États de l'Allemagne. Une loi prussienne a sanctionné formellement la règle dont je viens de parler (*z*).

(*z*) Loi prussienne du 18 mai 1839 Gesetzsammlung, 1839, p. 175.

§ CCXLIV. *Extinction du droit d'action.* — III. *Prescription.* — *Conditions,* c. Bona fides (*a*).

Möllenthiel, Natur des guten Glaubens bey der Verjährung. Erlangen, 1820, § 19-31. (La question est traitée dans cet ouvrage avec détails et profondeur.)

Les principes du droit romain relatifs à cette condition de la prescription ne sont pas contestés. L'usucapion exigeait la *bona fides* pour le commencement, mais non pour la continuation de la possession. Cette condition était étrangère à la prescription des actions, car on n'avait égard qu'à la négligence du demandeur. Seulement, la *longi temporis præscriptio* étant soumise aux mêmes conditions que l'usucapion, la *bona fides* était aussi requise. Lorsque plus tard Justinien exigea la *bona fides* pour la possession de trente ans (*b*), ce fut uniquement en considération de ce que le possesseur réclamait les avantages de l'usucapion, et dépassait les limites de la prescription des actions; quant à la prescription, il n'y avait rien de changé. — La *longi temporis præscriptio*, comme institution spéciale, a disparu du droit Justinien, et l'on peut dire que dans le

(*a*) J'ai déjà touché cette question, Vol. III, Appendice VIII, num. XXIII. Je vais ici l'approfondir.

(*b*) L. 8, § I, C. de præscr., XXX (VII, 39).

dernier état du droit romain la *bona fides* ne figure plus du tout comme condition de la prescription des actions.

Ces principes se conservèrent sans aucun changement jusqu'à la fin du douzième siècle, et, vers le milieu de ce même siècle, Gratien les expose tels qu'ils existent dans les sources du droit romain (*c*).

Mais des innovations importantes furent introduites par deux décrétales, dont l'interprétation a donné lieu à de vives controverses. Je vais citer une partie du texte de ces décrétales, nécessaire à l'intelligence de la discussion (*d*) :

C. 5, X, de præscript. (II, 26). Alexander III.

Vigilanti studio cavendum est... ne malæ fidei possessores simus in prædiis alienis : quoniam nulla antiqua dierum possessio juvat aliquem malæ fidei possessorem, nisi resipuerit, postquam se noverit aliena possidere, quum bonæ fidei possessor dici non possit... (*e*).

C. 20, X, de præscript. (II, 26). Innocentius III.

Quoniam omne, quod non est ex fide, pecca-

(*c*) C. 15, C. 16, q. 3.

(*d*) Ces deux textes sont longuement commentés dans Möllenthiel et dans Unterholzner, I, § 92.

(*e*) La fin du texte ne dit en réalité rien de nouveau, seulement elle exprime l'intention formelle de changer le droit romain.

tum est, synodali judicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide præscriptio tam canonica quam civilis, quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quæ absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut, qui præscribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienæ.

L'intention de modifier le droit romain d'après des considérations morales et religieuses est clairement exprimée dans ces deux décrétales. L'incertitude ne porte que sur l'objet et l'étendue de l'innovation.

Ensuite on reconnaît, et cela n'est pas contesté, que les décrétales ont voulu modifier le droit romain, premièrement quant aux objets de la *bona fides*, deuxièmement quant à la continuité exigée de sa durée. Le droit romain reconnaît une usucapion relative à la propriété seulement et où la *bona fides* est nécessaire; pour les servitudes, il établit une règle semblable, mais non la même, et à la *bona fides* il substitue des conditions analogues. Ici les mots : præscriptio *tam canonica* quam civilis nous montrent que désormais les droits résultant des rapports ecclésiastiques, de même que la propriété d'après le droit romain (quam civilis), ne s'acquièrent que par la *bonæ fidei possessio;* parmi ces droits figurent les droits diocésains, les dîmes, etc., qui ont plus d'analogie avec la propriété qu'avec les

servitudes, et le plus souvent sont attachés comme accessoires à la propriété d'un immeuble (*f*). Cette extension du principe établi pour l'usucapion est confirmée par beaucoup d'autres textes, mais elle n'est pas nouvelle : déjà introduite par le droit coutumier, elle se trouve ici reconnue accidentellement et soumise aux mêmes règles que l'usucapion romaine.

La seconde modification faite au droit romain paraît ici pour la première fois, et est évidemment le principal objet des deux décrétales. La *bona fides* doit exister non-seulement comme le veut le droit romain au commencement de la possession, mais encore pendant toute sa durée. Cela résulte de ces mots de la première décrétale : *postquam se noverit* aliena possidere, et plus clairement encore de ces mots de la seconde : *in nulla temporis parte* rei habeat conscientiam alienæ.

Jusque-là point de difficulté. Mais maintenant on demande à quelles institutions s'applique cette seconde modification du droit romain : à l'usucapion seulement, ou bien aussi à la prescription des actions ? Si l'on adopte la première opinion, l'innovation se réduit aux points exposés plus haut. Si l'on adopte la seconde opinion, les décrétales introduisent une autre innovation, elles

(*f*) Mollenthiel, § 20, p. 113, 115, § 24, 25.

exigent la *bona fides* pour la prescription des actions, principe étranger au droit romain, et elles l'exigent naturellement sous la forme rigoureuse qu'elles établissent pour l'usucapion.

Jusqu'ici, pour abréger, je n'ai parlé que de deux opinions contraires, mais en réalité la question peut recevoir quatre solutions différentes :

1) Ces décrétales s'appliquent uniquement à l'usucapion (*g*);

2) Elles s'appliquent en outre à la prescription des *in rem actiones,* et à rien de plus (*h*);

3) Elles s'appliquent encore aux actions personnelles, mais seulement quand elles ont pour objet la restitution d'une chose possédée injustement (*i*), et cette opinion est celle que j'adopte ;

4) Enfin, elles s'appliquent aussi aux autres actions personnelles (*k*), par conséquent à la

(*g*) Les partisans de cette opinion sont : Boden, de Præscriptione ex solo temporis lapsu procedente. Halæ, 1750, § 13-22: Seuffert, Erörterungen, Abth., I, p. 134. Kierulff, p. 206-209.

(*h*) Cette opinion est celle de Giphanius, p. 255, 256.

(*i*) Ainsi, par exemple, à l'*actio commodati, depositi, pignoratitia, locati,* quand ces actions ont pour objet la restitution de la chose, et non le payement du loyer ou la réparation d'un dommage. Les partisans de cette opinion, qui invoquent en sa faveur la pratique constante de plusieurs tribunaux, sont : Wernher, Obs for., T. I, P. I, Obs., 183 (Præjudicien, num. 67 sq.). Böhmer, Jus eccl. prot., Lib. 2, Tit. 26, § 52-58. Cocceji, Lib. 41, T. III, quæst. 30. Möllenthiel. Unterholzner, I, § 92. Göschen, § 153.

(*k*) Ainsi, à toutes les condictions, telles que le prêt, l'*actio*

prescription des actions en général dans toute son étendue (*l*).

Néanmoins j'observe que beaucoup d'auteurs, surtout dans les temps anciens, n'ont pas distingué ces quatre solutions possibles ; la plupart restreignent le débat entre la troisième et la quatrième, et l'on verra que des divers points en discussion ce sont là les plus importants. La question a été souvent très-bien posée en ces termes : la *bona fides* est-elle seulement nécessaire quand le défendeur est debitor rei *alienæ*, ou bien aussi quand il est debitor rei *propriæ* (*m*)?

Les partisans de la première opinion, ceux qui restreignent à l'usucapion l'application des décrétales, se fondent principalement (*n*) sur ce

emti, venditi, conducti, mandati, pro socio, la plupart des actions résultant d'un délit, enfin, en général, à presque toutes les actions personnelles.

(*l*) Cette opinion est soutenue par presque tous les anciens praticiens, et aussi par un grand nombre d'auteurs modernes : Lauterbach, Lib. XLIV, T. 3, § 17. Stryk, Lib. XLIV, T. 3, § 2. Struv. exerc., 43, thes. 21. Puffendorf, T. I, Obs. 115. Höpfner, § 1182. Hofacker, § 870. Thibaut, Verjhärung, p. 82, 106. Pandekten, § 1008 (Brauns, Erörterungen, p. 873). Ces auteurs invoquent une jurisprudence très-générale, et notamment celle des tribunaux impériaux.

(*m*) En effet, le dépositaire est *debitor rei alienæ,* parce qu'il doit rendre la chose d'autrui ; le débiteur d'une somme d'argent est *debitor rei propriæ,* car il doit rendre son propre argent, et non celui qu'il a reçu.

(*n*) La plupart des raisons alléguées en faveur de cette première

que, en droit canon le mot *prescriptio* désignait l'usucapion et non la prescription des actions. Il est vrai que *præscriptio,* contrairement à la phraséologie des Romains, embrasse aussi l'usucapion (*o*); mais que, sous cette dénomination, il faille entendre exclusivement l'usucapion et non la prescription des actions, voilà ce qui est presque impossible. En effet, personne ne prétendra que le droit canon ne reconnaisse pas aussi la prescription des actions, et comme il n'a pour la désigner aucune autre expression technique, il a dû conserver celle empruntée au droit romain (*p*). Aussi trouvons-nous une décrétale d'Alexandre III où ce mot s'applique précisément à l'exclusion de l'action (*q*).

Le motif le plus spécieux pour restreindre ainsi le sens de *præscriptio* se trouve dans le texte suivant du recueil de Boniface VIII (*r*) :

Sine possessione præscriptio non procedit.

opinion ne font que réfuter la quatrième; elles sont donc communes à la seconde et à la troisième.

(*o*) Voy. Vol. IV, p. 325.

(*p*) Unterholzner, I, p. 12.

(*q*) C. 6, de præscr. (II, 25) : « ..... quadragenalis præscriptio *omnem prorsus actionem excludit.* » Il s'agissait, à la vérité, dans l'espèce, d'une possession de dîmes, et, dès lors, la prescription de l'action se confond avec l'usucapion; mais la règle exprimée comme motif de la décision embrasse, dans sa généralité, la prescription de l'*actio*, et s'appliquerait aussi à la *locati actio* résultant de la location de ces dîmes.

(*r*) C. 3, de reg. juris in VI.

Or, dit-on, ce principe n'étant vrai en général que pour l'usucapion, et étant presque toujours faux pour la prescription des actions, il en résulte que sous le mot *præscriptio*, le droit canon ne comprend pas la prescription des actions.

Le titre entier du Sextus d'où ce texte est tiré contient des règles de droit, pour la plupart empruntées au droit romain, afin de donner au recueil une apparence d'érudition, et il a probablement été rédigé par Dinus, qui était légiste et non canoniste (*s*). Ce texte reproduit la décision suivante de Licinius Rufinus (*t*) :

Sine possessione usucapio contingere non potest.

Præscriptio a été substitué à *usucapio*, parce que à la fin du treizième siècle, époque de la publication du Sextus, ce mot était beaucoup plus connu que le mot *usucapio*. Avec un peu de réflexion, Dinus aurait reconnu que l'expression était trop générale, car elle exclut, par exemple, la prescription de l'action résultant du prêt. Invoquer ce texte pour prouver une locution précise et exclusive du droit canon, c'est supposer que chaque mot en a été pesé avec une scrupuleuse exactitude, mais tout homme impartial reconnaîtra qu'une semblable supposition fait trop

(*s*) Savigny, Histoire du Droit romain au moyen âge, Vol. V, Ch. XLIV.

(*t*) L. 25, de usurp. (XLI, 3).

d'honneur à Dinus. Pour chercher maintenant à expliquer, d'après ce texte, les décrétales plus anciennes d'Alexandre III et d'Innocent III, il faut le considérer comme établissant une phraséologie constante, et suivie à toutes les époques; or, cela n'est pas soutenable. Nous admettons, non sans raison, entre les trois recueils de Justinien une certaine solidarité; solidarité restreinte, et portant plutôt sur les principes mêmes du droit que sur la phraséologie (*u*); mais entre des sources du droit canon appartenant à des époques très-différentes, une semblable solidarité n'a pas le moindre fondement.

A l'appui de la seconde opinion on ne donne aucun argument spécial. Ses partisans se contentent d'attaquer la quatrième opinion, et dans cette lutte ils se rencontrent avec les partisans de la troisième; nous n'avons donc pas à nous occuper de la seconde opinion comme distincte de celle-ci.

§ CCXLV. *Extinction du droit d'action.* — III. *Prescription. Conditions.* c. Bona fides. (Suite.)

Il nous reste donc à examiner le débat entre la troisième et la quatrième opinion. Ce débat porte sur la question de savoir si la *bonna fides* est seulement exigée pour les actions person-

(*u*) Voy. Vol. I, § 43.

nelles dont l'objet est la restitution d'une possession, ou si elle est exigée pour toutes les actions personnelles en général; en d'autres termes déjà cités : la *bona fides* est-elle seulement nécessaire quand le défendeur est debitor rei alienæ, ou bien aussi quand il est debitor rei propriæ?

Cette différence d'opinions est pour la pratique bien autrement importante que celles dont j'ai parlé jusqu'ici. En effet, la quatrième opinion signifie nécessairement que la prescription doit être exclue quand le débiteur, à un moment quelconque, a eu conscience de la dette, car il faut alors admettre que par *mala fide* il n'a point satisfait le créancier. On voit tout d'abord que cette doctrine annulle presque entièrement l'institution bienfaisante de la prescription des actions. En effet, pour toutes les dettes résultant de contrats ou de délits, le débiteur a eu du moins dans l'origine clairement conscience de la dette, et, en matière d'obligations, il y a bien peu de cas où cette conscience n'ait jamais existé. On pourrait néanmoins en citer quelques exemples. Ainsi, un héritier a été chargé par un codicille d'acquitter un legs, et ce codicille, par une circonstance accidentelle, reste caché pendant trente ans; quelqu'un administre mes affaires sans mandat et fait pour moi des dépenses que j'ignore, ou bien je reçois un *indebitum*, et

l'erreur ne se découvre qu'après trente ans. Hors ces cas extrêmement rares, la prescription des actions ne trouverait jamais à s'appliquer. Les partisans de cette doctrine invoquent trois arguments : la généralité des termes employés par les décrétales; la généralité du motif moral, et l'équité naturelle. La réfutation de ces divers arguments servira à la fois à défendre la troisième opinion contre les objections des partisans de la première et de la seconde.

1) Les termes des décrétales sont sans doute très-généraux, et on y lit notamment : *nulla* præscriptio. Mais les deux décrétales ne parlent jamais que des *possesseurs* de la chose d'autrui et de la *conscientia rei alienæ*, expressions que l'on ne saurait appliquer aux débiteurs qui ne payent pas leurs dettes. Cette restriction résulte encore de l'expression empruntée au droit romain *mala fides*, et de son contraste *bona fides*. Car les Romains n'entendent pas par ces mots la bonne foi ou la mauvaise foi en général, mais dans son application spéciale à la possession; en toute autre circonstance le mot technique employé pour désigner la mauvaise foi est *dolus*.

Vainement on chercherait à reproduire la même objection contre la troisième opinion en disant que dans les cas où elle exige la *bona fides*, il n'y a souvent pas de possession juridique avec *ianmus possidendi*. Mais cette circonstance est

tout à fait indifférente, car les textes relatifs à l'action résultant de la propriété, matière où la distinction entre les *b. f.* et les *m. f. possessores* a le plus d'importance (*a*), ces textes, dis-je, prennent le mot *possessor* dans sa plus grande extension, de sorte qu'il comprend aussi la simple détention sans *animus possidendi* (*b*).

Il ne faut pas non plus prendre dans un sens trop restreint l'expression conscientia rei *alienæ*, et l'appliquer exclusivement à la conscience de la *propriété* d'autrui, de manière qu'on ne devrait pas avoir égard à la mauvaise foi s'il s'agissait d'un droit de gage, d'une emphytéose, etc. Cette expression embrasse, au contraire, tous les cas de possession où le défendeur est de mauvaise foi, et où il s'agit d'une restitution à opérer (*c*).

2) Le motif moral exprimé par les décrétales, la répression du péché, qui est le même dans tous les cas.

Cette dernière assertion n'est nullement exacte, car dans les deux cas proposés, la position du défendeur diffère essentiellement. Le non-paye-

(*a*) L. 22, C. de rei vind. (III, 32.)

(*b*) L. 9, de rei vind. (VI, 1.)

(*c*) Göschen, § 153. Cela résulte de l'ensemble des textes, auquel on ne saurait opposer l'expression isolée de *aliena* quoique répétée plusieurs fois. Je citerai en outre, à l'appui de mon opinion, la L. 7, C. de rebus alienis (IV, 51), où l'expression *alienatio* est aussi interprétée de la manière la plus libre.

ment d'une dette n'implique le plus souvent aucune intention coupable; il provient tantôt de la connivence réelle ou présumée du créancier, tantôt de ce que le débiteur n'a pas d'argent disponible, sans pour cela être insolvable; tantôt de ce que le compte a été égaré, puis oublié. Dans ces différents cas, il n'y a à aucune époque ni mauvaise foi, ni péché. S'il s'agit au contraire d'une réclamation de possession, le détenteur ne peut ignorer ses torts, et les circonstances accidentelles ne peuvent guère l'empêcher de restituer la chose. L'absence de culpabilité est aussi rare dans ce dernier cas qu'elle est fréquente dans le premier.

Le motif tiré de la moralité que l'on allègue ici doit faire préférer de beaucoup la troisième opinion à la première et a la seconde. Quand, par exemple, un locataire invoque la prescription contre la *locati actio*, tout en sachant qu'il doit restituer la chose, sa conduite est aussi coupable que celle du possesseur de mauvaise foi qui veut accomplir l'usucapion, ou qui oppose la prescription à la revendication du propriétaire; dans tous ces cas l'immoralité est absolument la même. Comment comprendre alors que dans un de ces cas le pape eût voulu par sa loi sauver l'âme du possesseur, et qu'il l'eût laissée tranquillement se perdre dans les deux autres? On ne prétendra sans doute pas que la classification juridique des

actions ait d'influence à exercer sur une question aussi grave de morale et de religion.

3) Les partisans de la quatrième opinion entendent l'équité naturelle en ce sens que toute prescription comme institution du droit positif est contraire au doit naturel.

Mais la prescription, quoique de droit positif, n'en est pas moins une institution des plus bienfaisantes, et nous ne devons pas, à cause de son origine, affaiblir ou même annuler son efficacité par des restrictions sans fondement.

On ne saurait mieux réfuter la quatrième opinion qu'en la comparant aux motifs généraux qui ont fait établir la prescription. Parmi ces motifs figure, en première ligne, la présomption de l'extinction du droit (§ 237). Cette présomption s'applique surtout aux cas où la quatrième opinion, contrairement aux trois premières, exige la *bona fides*, car il s'agit ordinairement alors de dettes pécuniaires dont l'acquittement est très-vraisemblable. Si maintenant un marchand vient après plus de trente années réclamer un mémoire, d'anciennes lettres peuvent établir que dans l'origine le défendeur a eu connaissance de la dette; mais cela ne détruit nullement la vraisemblance que dans le cours d'un temps aussi long la dette ait été payée. On peut même affirmer que ceux qui exigent la *bona fides* pour toutes les actions ne reconnaissent pas la

présomption d'acquittement comme motif de la prescription. En effet, l'acquittement d'une dette s'opère, sauf de rares exceptions, par des actes libres du débiteur (*d*); ces actes ne sont pas possibles sans la conscience de la dette, et d'après la doctrine que je combats, cette conscience empêche la prescription. — Il en est tout autrement des actions en restitution de possession auxquelles les autres opinions restreignent la nécessité de la *bona fides*. La possession encore existante entre les mains du défendeur prouve que le droit n'a pas été directement éteint; une extinction indirecte, au moyen d'une indemnité en argent, serait un nouvel acte juridique, mais bien moins vraisemblable que le payement d'une dette pécuniaire selon le cours naturel des choses.

Je dois ajouter ici quelques détails pour compléter l'exposition de cette matière.

L'erreur de droit n'empêche pas la bonne foi d'exister (*e*).

On a discuté autrefois la question de savoir si la prescription était détruite par la conscience

(*d*) Quelquefois, il est vrai, une dette se trouve éteinte sans aucun acte du débiteur, et même à son insu, quand, par exemple, un autre paye pour lui, sans faire ensuite aucune réclamation, ou quand le débiteur acquiert, sans en avoir connaissance, une créance qui compense la dette; mais ces cas sont tellement rares qu'on peut n'en pas tenir compte.

(*e*) Cf. Vol. III. Appendice VIII, num. XXIII.

du droit d'autrui acquise depuis l'expiration du terme (*f*). Dans les temps modernes il a été généralement reconnu que cette circonstance n'empêche pas l'efficacité de la prescription (*g*), par le motif suivant. La prescription engendre, ou du moins peut engendrer un nouveau droit, et dès lors tout jugement porté sur le rapport de droit antérieur devient indifférent. La renonciation par un nouvel acte juridique au bénéfice d'une prescription acquise, n'a rien de commun avec la *mala fides* survenue postérieurement; je parlerai plus bas des effets d'un semblable contrat (*h*).

Néanmoins la quatrième opinion repose sur une vérité relative qu'on ne doit pas méconnaître. Quand le débiteur d'une somme d'argent, non-seulement connaît sa dette, mais, par des assurances mensongères, empêche le créancier d'intenter son action, et laisse ainsi à la prescription le temps de s'accomplir, on peut dire, en n'ayant égard qu'au résultat matériel, que la *mala fides* empêche la prescription. Cette expression n'est point exacte, car l'ancienne action est réelle-

(*f*) Gilken, de usucap., P. 2. Membr. 3, C. 8, établit une différence tout à fait arbitraire entre les prescriptions, suivant qu'il y a *causa lucrativa* ou *onerosa*.

(*g*) Giphanius, p. 258. Müller, ad Leyser., Obs. 726. Möllenthiel, p. 120.

(*h*) C'est ainsi que la chose est envisagée dans le Code prussien, Cf. L. R. I, 9, § 564.

ment prescrite, mais le ci-devant créancier peut se faire indemniser complétement en vertu d'une action nouvelle, la *doli actio* (*i*).

§ CCXLVI. *Extinction du droit d'action.* — III. *Prescription. Conditions.* c. Bona fides. (Suite.)

Dans le nombre des opinions relatives à la nécessité de la *bona fides*, il en est une dont je n'ai pas fait mention, et qui diffère essentiellement de celles dont j'ai parlé (§ 244, 245). Cette opinion ne mériterait pas d'être discutée sans une circonstance accidentelle qui lui donne une certaine importance.

Rave, après avoir examiné les diverses opinions qu'il énumère complétement, se déclare en faveur de la quatrième, celle qui dans toutes les actions personnelles, sans exception, exige la *bona fides* comme condition de la prescription (*a*). Puis tout à coup il donne à la chose ce tour inattendu (*b*). La prescription des actions, dit-il, ne fournit qu'une présomption très-forte du payement. Ainsi donc, quand même on représenterait une reconnaissance écrite de la main

(*i*) L. 1, § 6, de dolo, (IV, 3) : « .... nisi *in hoc* quoque do- « lus malus admissus sit, *ut tempus exiret.* »

(*a*) Rave, § 19, 93, 131, 132.

(*b*) Rave, § 133.

du débiteur, la présomption que dans un aussi long espace de temps la dette a été éteinte n'en subsisterait pas moins. Mais cette présomption disparaît devant la preuve fournie par le demandeur : premièrement, que la dette existe encore, et par conséquent n'est pas éteinte; secondement, que le débiteur a connaissance de ce fait (*c*). Ici la preuve de la *mala fides* résulte des circonstances que le juge doit prendre en considération. Les principales sont : l'aveu extra-judiciaire ; la tentative faite par le débiteur de détruire les titres de créance ; enfin, les renseignements que peuvent fournir des tiers.

Il est difficile de se retrouver au milieu d'idées aussi confuses. D'abord Rave abandonne la doctrine qu'il avait expressément adoptée, celle qui pour toutes les prescriptions exige la *bona fides*, car il déclare inefficace la reconnaissance écrite par le débiteur ; et néanmoins ce titre, en prouvant que du moins dans l'origine le débiteur a eu conscience de la dette, établit la *mala fides* comme l'entendent tous les autres auteurs. On verra tout à l'heure par quel artifice il cherche à reproduire la *mala fides*. — Il prend ensuite la présomption du payement, ce motif purement

(*c*) Rave, *l. c.* : « Magis itaque requiritur etiam hoc, ut actor « probet, *scire reum hanc obligationem nondum esse extinc-* « *tam, sed iisdem terminis adhuc post hos triginta annos du-* « *rare, quibus antea incepit.* »

législatif, et même n'ayant comme tel qu'une vérité restreinte (§ 237), et dans cette présomption il place la nature pratique de la prescription même, comme devant déterminer le mode et l'étendue de ses effets. Pour se montrer conséquent dans l'application de cette doctrine, Rave aurait dû abandonner entièrement la condition de la *bona fides*, et restreindre l'objet de la preuve contraire à *l'existence* de la dette, c'est-à-dire à sa *non-extinction*, ce qui naturellement détruirait la présomption. Il est vrai que pour établir ce fait négatif on en serait presque réduit à la délation du serment, et l'emploi de ce moyen présenterait ici de nombreux inconvénients. — Mais Rave voulait aussi faire intervenir la *mala fides*, dont il avait reconnu l'efficacité d'après plusieurs auteurs plus anciens. Il la plaça donc là où elle n'a que faire, postérieurement à la prescription acquise, et il la combina avec la réfutation de la présomption du payement; de telle sorte que les mêmes faits devaient servir à établir l'existence de la dette et la mauvaise foi du débiteur. Mais les différents faits qu'il cite comme exemples ne sont nullement des preuves suffisantes. L'aveu extra-judiciaire établit uniquement l'opinion du débiteur sur l'existence de la dette, opinion peut-être erronée, très-compatible avec le fait du payement, et qui dès lors ne détruit pas la présomption de la libéra-

tion fondée sur la longueur du temps écoulé. J'en dis autant de la tentative de détruire le titre de la créance; d'ailleurs, le débiteur qui se pénétrera de la théorie de Rave se gardera bien d'éveiller les soupçons par une semblable tentative, puisque l'existence du titre ne doit pas détruire la présomption du payement. Enfin, les renseignements donnés par des tiers ne sauraient avoir plus d'efficacité que l'aveu du débiteur lui-même.

Ainsi donc, cette doctrine, de quelque côté qu'on l'envisage, est inconséquente, et ne soutient pas l'examen. Aucun auteur moderne ne l'a adoptée, et je me serais contenté de la mentionner en passant, s'il ne s'y rattachait dans la pratique une conséquence importante que Rave était sans doute loin de prévoir.

Le Code prussien reconnaît deux espèces de prescriptions, l'une résultant de la possession, l'autre du non usage. La première embrasse l'usucapion romaine, et aussi les cas de la prescription romaine relatifs à la possession. La seconde embrasse, entre autres choses, et c'est là son principal objet, les cas de la prescription romaine où il ne s'agit pas de la possession du défendeur, c'est-à-dire précisément les cas pour lesquels la quatrième opinion exige la *bona fides*, tandis que les autres opinions ne l'exigent pas (*d*)

(*d*) Ces principes généraux sur la prescription, et ses deux

Quand Suarez prépara le Code, il partit des principes suivants, aussi clairs que nettement conçus. La prescription par le non usage est uniquement la peine de la négligence du titulaire du droit (*e*); ainsi, l'on n'a point à s'occuper de ce qui concerne le défendeur, ni de sa *bona fides* (*f*). Conséquemment à ces principes, le projet de code imprimé ne parlait pas de la *bona fides*.

Sur les nombreuses observations auxquelles ce projet avait donné lieu, Suarez fit au grand chancelier Carmer un rapport pour préparer la rédaction définitive, et dans ce rapport il fit un pas de plus, il déclara expressément que la *bona fides* n'était point nécessaire (*g*). Malheureusement Carmer avait lu le livre de Rave, et ce livre avait fait sur lui une grande impression; car, à la suite de ce rapport, Suarez inséra une décision contraire ainsi exprimée :

« *Conclusum*. On peut fournir la preuve que

espèces principales, sont tirés du Code prussien, A. L. R. I, 9, § 500-503. Pour la prescription par le non usage, voy. § 535 sq.; pour la prescription au moyen de la possession, voy. § 579 sq.

(*e*) Simon und Strampff, Zeitschrift des Preusz. Rechts, Vol. III, p. 421, 482, 512.

(*f*) Ib. p. 426, 508, 527, 532.

(*g*) Ib. p. 532, d'après le Vol. 71, num. 42, fol. 71, v. des matériaux manuscrits. Les paragraphes qu'il proposait étaient ainsi conçus : « La prescription par le non usage une fois ac- « complie, éteint complétement l'obligation. La connaissance que « le débiteur pourrait avoir de son obligation, *n'empêche pas* la « prescription. »

le débiteur connaît son obligation, et cherche à s'y soustraire de mauvaise foi. »

De là proviennent les deux textes suivants du Code :

Th. I, tit. 9, § 568. La prescription accomplie par le non usage donne lieu à la présomption légale que l'obligation a été dans l'intervalle éteinte d'une manière quelconque.

§ 569. Cette présomption peut être détruite par la preuve complète que l'adversaire connaît l'existence de l'obligation, et par mauvaise foi cherche à se soustraire à son exécution.

Ces textes ont évidemment pour but de reproduire la doctrine de Rave (*h*), doctrine que rien ne justifie. En toutes circonstances l'adoption de ces textes eût donc été fâcheuse ; mais elle l'est d'autant plus ici, qu'ils viennent sans préparation, et comme des corps étrangers, la

(*h*) Si l'on avait encore des doutes sur ce point, ils seraient levés par l'observation que faisait Suarez, en présentant au conseil d'État ces deux paragraphes (portant alors les num. 573, 574) : « Dans la pratique, le délai une fois expiré, on n'examine « plus la question de la *bona fides ;* mais cela est contraire à la « théorie. En effet, le *lapsus temporis* établit seulement en fa- « veur de celui qui prescrit une *præsumtionem juris,* laquelle « n'exclut jamais la preuve du *contrarii.* » (Simon and Strampff, p. 580, d'après les matériaux, Vol. 88, fol. 48.) Ces derniers mots sont traduits presque littéralement de Rave, § 132. — Suarez n'exposait pas alors sa propre théorie, mais celle du grand chancelier, dont il était l'organe.

matière de la prescription ayant été réglée d'après des principes tout différents (*i*).

Maintenant il est évident que ce texte ne regarde pas comme faisant obstacle à la prescription, la *mala fides* prise dans le sens ordinaire du mot, c'est-à-dire la conscience de la dette pendant le cours de la prescription ; car, d'accord avec Rave, il place la *mala fides* dans le temps présent, c'est-à-dire quand le litige est engagé depuis l'accomplissement de la prescription invoquée par le défendeur. Cela résulte encore de cette disposition du Code, établissant une nouvelle prescription par le non usage en faveur du débiteur condamné régulièrement (*k*); auquel cas le débiteur doit nécessairement avoir eu conscience de la dette. La dernière preuve enfin, c'est que le § 568 représente la présomption du payement comme l'essence même de la prescription; or, le payement n'ayant presque jamais lieu sans que le débiteur ait conscience de la dette (§ 245, *d*), le Code ne peut regarder

(*i*) Je signalerai plus bas les doutes et les contradictions qui en résultent, quant aux effets de la prescription. La disposition nouvelle ne s'accorde pas avec le principe du Code, cité § 245, *h*. Il n'y a peut-être qu'un seul autre texte ayant rapport aux deux paragraphes cités plus haut : A. L. R. I, 20, § 245.

(*k*) A. L. R. I, 9, § 558. Pour la prescription résultant de la possession, le Code établit précisément le contraire, parce qu'il exige la *bona fides*, I, 9, § 592.

cette conscience comme un obstacle à la prescription.

Mais quel est le véritable sens de ce texte, et comment doit-il être appliqué? Cette question n'est pas aussi facile à résoudre. Les praticiens les plus expérimentés que j'ai consultés là-dessus, m'ont fait les réponses les plus diverses; mais tous reconnaissaient que ce texte s'applique très-rarement, soulève des doutes inutiles, et devrait être effacé. Telle est aussi l'opinion de la plupart des auteurs; ils cherchent à expliquer notre texte dans ce sens que la prescription est exclue par les actes frauduleux du débiteur, quand ils ont empêché l'exercice de l'action et déterminé l'accomplissement de la prescription (*l*). La reconnaissance de ce principe n'a dans la pratique aucun inconvénient, il existe même en droit romain (§ 245, *i*); mais le texte du Code prussien ne dit rien de semblable, car le *dolus* dont parlent ces auteurs se montre pendant le cours de la prescription, tandis que notre texte place à une époque postérieure la *mala fides* faisant obstacle à la prescription. — Un seul auteur a fait

(*l*) Rönne, Anmerk. zu Klein's Preusz. Civilrecht, Vol. I, § 222 (1830). Temme, Preusz. Civilrecht, § 346 (1832). Thöne, Preusz. Privatrecht, Vol. II, § 299, 300 (1835). En 1789, la commission de législation s'exprimait dans le même sens (Klein's, Annalen, Vol. VI, p. 311). Ce principe ne peut pas naturellement servir à interpréter les dispositions beaucoup plus modernes.

une apologie partielle de notre texte, mais il lui impose un sens qu'il n'a certainement pas (*m*).

Dans le projet imprimé de révision du Code, on propose de déclarer formellement que la *bona fides* n'est point nécessaire pour la prescription des actions. — Quand on rendit en Prusse la loi sur les courtes prescriptions (§ 239, *t*), on proposa d'effacer, avant la révision générale, les §§ 568 et 569, sans rien mettre à la place. Cela ne fut pas réalisé, parce que ces §§ déterminent les effets de la prescription, et qu'on ne voulait rien décider à cet égard sans avoir examiné l'institution sous tous ses rapports; mais quant au rejet de ces textes, les avis étaient unanimes.

La règle établie en cette matière par le Code civil français est péremptoire, mais simple et pratique. Pour la prescription trentenaire, la *bona fides* n'est pas exigée (*n*). S'il s'agit de pres-

(*m*) Bornemann, Preusz. Civilrecht, Vol. II, § 120, 128, 129 (1834). Il établit une distinction toute nouvelle et étrangère à l'esprit du Code, entre les obligations résultant d'un titre spécial, tel que la vente ou le prêt, et les obligations résultant d'un principe général de droit, tel que la garantie des vices de la chose vendue. Pour ces derniers, il n'exige pas la *bona fides*, et il l'exige pour les premiers, mais dans un sens tout autre que celui admis ordinairement. Je regarde cette distinction comme fausse en théorie, d'une application presque impossible dans la pratique, et je ne pense pas qu'elle trouve de partisans. — Au reste, il reconnaît que le Kammergericht n'a jamais exigé la *bona fides* pour la prescription des actions.

(*n*) Code civil, art. 2262.

criptions particulières plus courtes, le demandeur peut déférer au défendeur le serment sur la question de savoir si la chose a été réellement payée (*o*). Ici la prescription du payement est envisagée comme la base unique et la condition de la prescription des actions, et par là la question de bonne foi se trouve en quelque sorte éludée ou absorbée. Appliquée à des prescriptions aussi courtes, quand les souvenirs encore récents peuvent fournir des renseignements précis, la disposition est bonne; mais appliquée à de longues prescriptions, elle donnerait des résultats peu sûrs et souvent d'une excessive rigueur.

§ CCXLVII. *Extinction du droit d'action.* — III. *Prescription.* — *Conditions.* d. Laps de temps.

Le laps de temps requis pour l'accomplissement de la prescription est trente ans (§ 238).

Cette règle souffre de nombreuses exceptions, et ainsi diverses actions durent moins de trente ans, quelques-unes durent davantage; les unes et les autres rentrent dans la partie spéciale du Traité. Les exceptions dont je dois m'occuper ici sont celles qui présentent un caractère de généralité, et qui, embrassant des classes entières d'actions, n'ont pas de place marquée dans la partie spéciale du Traité.

(*o*) Code civil, art. 2275.

I. *Longi temporis præscriptio* de dix ou de vingt ans. Elle a un caractère de généralité, car elle s'applique à toutes les *speciales in rem actiones*, c'est-à-dire à toutes les actions fondées sur des droits réels; mais je n'en parlerai pas ici, parce que son origine et ses développements la rendent inséparable de l'usucapion.

II. Les actions prétoriennes.

Gajus et les Institutes semblent dire que toutes ces actions se prescrivent par un an, sauf quelques exceptions particulières (*a*). Paul et Ulpien nous apprennent que cette règle s'applique aux actions pénales conférées par l'édit, et non aux actions conservatrices des biens (*b*). On peut ajouter que les actions pénales unilatérales et bilatérales sont soumises à la prescription d'un an (*c*). Ainsi donc la *doli ac-*

(*a*) Gajus, IV, § 110, 111, pr., J. de perpetuis (IV, 12). On voit ici nommées comme exceptions les actions de l'héritier prétorien contre les débiteurs de la succession, et l'*actio furti manifesti*. Cette dernière est une véritable exception à la règle générale, et une exception bien motivée. — Cf. sur la prescription des actions prétoriennes, Unterholzner, I, § 12, II, § 269, 270, 272.

(*b*) L. 35, pr. de O. et A. (XLIV, 7), L. 3, § 4, nautæ (IV, 9), L. 21, § 5, rer. amot. (XXV, 2.)

(*c*) Paul se trompe évidemment lorsque, dans la L. 35, pr. cit., il dit, après avoir posé la règle que les actions prétoriennes, pour la *rei persecutio*, sont *perpetuæ*: «Illæ autem rei persecutionem « continent, *quibus persequimur*, *quod ex patrimonio nobis* « *abest*. » Si ce principe était fondé, les actions pénales unilaté-

tio (*d*) et les interdits possessoires (*e*) se prescrivent par un an, quoique ces actions n'enrichissent jamais le demandeur, mais souvent appauvrissent le défendeur à titre de peine. — Peut-être l'*actio furti manifesti* (note *a*) est-elle la seule exception véritable à la règle que je viens de poser. Le cas représenté par Paul comme une seconde exception, celui où la *publiciana actio* est accordée comme moyen de restitution contre une usucapion accomplie (*f*), n'est point une exception réelle. En effet, la prescription ne se rapporte pas à l'action, mais, ce qui est très-différent, à la restitution, et alors la prescription d'un an est toujours applicable, soit que la restitution doive frayer le chemin à une action, à une exception, ou à tout autre rapport de droit.

On pourrait douter que les prescriptions d'un an dussent, comme les prescriptions plus longues, être appliquées sous la forme d'une exception,

rales devraient être *perpetuæ*, et, dans le fait, elles sont annales (notes *d*, *e*).

(*d*) D'après l'édit du préteur; dans la suite, cet *annus utilis* fut changé en un *biennium continuum*. L. 8, C. de dolo (II, 21). — La prescription annuelle de l'action d'injures (L. 5, C. de injur., IX, 35) fait également exception à la règle générale; mais elle se rapporte à une action pénale bilatérale

(*e*) L. 1 pr., de vi (XLIII, 16), L. 1 pr., uti poss. (XLIII, 17).

(*f*) L. 85 pr., de O. et A. (XLIV, 7).

parce que rarement nous les voyons désignées sous le nom de *præscriptio* ou *exceptio*. Néanmoins, cette désignation se trouve quelquefois (*g*); et si elle est rarement usitée, c'est que dans de semblables procès les faits étant présents à la mémoire des parties, le préteur connaissait lui-même de ce moyen de défense, sans le renvoyer sous forme d'exception à l'examen d'un *judex*.

III. Les actions appartenant aux églises et aux fondations pieuses (*h*).

L'histoire un peu confuse de cette exception, qui a donné lieu à quelques controverses, repose sur les faits suivants :

En 528, Justinien rendit une loi (*i*) par laquelle il établit une prescription de cent ans pour les actions des églises et des fondations pieuses, relatives à des successions, des legs, des donations et des contrats de vente. La même prescription fut établie pour les actions des villes relatives aux mêmes objets, et aussi pour les successions, legs et donations destinés au rachat

(*g*) L. 30, § 5, de peculio (XV, 1) : « Si *annua exceptione* « sit repulsus a venditore creditor.... » L. 15, § 5, quod vi (XLIII, 24) : « causa cognita *annuam exceptionem* remittenda.... » Voy. Vol. IV, p. 310. — Je montrerai, § 248, comment cette circonstance a échappé à Doneau.

(*h*) Ce point est très-bien traité dans Unterholzner, I, § 40-44.

(*i*) L. 23, C. de SS. eccles. (I, 2.)

des captifs. Cette loi ne faisait aucune distinction entre les actions *in rem* et celles *in personam,* et aucune exception pour les actions soumises à de courtes prescriptions. — D'après les termes de cette loi, on pourrait la restreindre aux actions spéciales ci-dessus énumérées des églises et des villes ; mais sans doute elle embrasse en général toutes les actions de ces personnes juridiques, et les expressions choisies ne font qu'indiquer la source la plus ordinaire de leurs biens. Cette interprétation est confirmée par des lois postérieures, qui tantôt se réfèrent à la loi dont je parle, tantôt en reproduisent le contenu (*k*), sans mentionner aucune classe spéciale d'actions (*l*).

La Novelle 9 (en 535) étendit sans le modifier ce privilége des églises d'Orient à toutes les églises d'Occident, qu'elle désigne sous le nom collectif de *Ecclesia Romana,* et elle ne fit aucune différence entre les biens situés en Orient ou en Occident.

Vint ensuite la Novelle 111 (en 541). Elle réduisit les cent années des églises et des fondations pieuses à quarante ; leur prescription se trouva ainsi prolongée de dix ans seulement au delà de la prescription ordinaire, et ne fut établie que pour elles seules : pour toutes autres personnes, et pour toutes autres matières, la règle des trente

(*k*) La Nov. 9 et la Nov. 111 procem.

(*l*) Unterholzner, I, § 40, 41.

ans dut être appliquée (*m*). Les anciennes exceptions au privilége des églises, notamment les prescriptions triennales, continuèrent à être maintenues (*n*).

La Novelle 131, C. 6, n'est que l'abrégé de la loi dont je viens de parler. Seulement elle spécifie que les quarante ans s'appliquent dans les cas où, pour les autres personnes, on appliquerait dix, vingt ou trente ans. Cela n'était point regardé comme une innovation, mais seulement comme une désignation plus précise des exceptions faites au privilége par la Novelle 111 (*o*).

Cet exposé des actes législatifs est confirmé par plusieurs textes du droit canon. Ainsi, au cinquième siècle, on reconnaît que la prescription

(*m*) Ainsi se trouve évidemment abolie la prescription de cent ans pour les villes.

(*n*) Le *triennium* désigne l'usucapion. Les autres exceptions non spécifiées s'appliquent sans aucun doute à toutes les prescriptions au-dessous de dix ans. Toutes ces exceptions ne sont pas mentionnées dans la L. 23, C. de SS. eccl. (I, 2); elles ont été vraisemblablement établies par la jurisprudence des tribunaux. Dans Gratien (c. 16, C. 16, q. 3) et dans l'Auth. *Quas actiones*, C. de SS. eccl. (I, 2), trois et quatre ans sont représentés comme des exceptions.

(*o*) Cela est expliqué et justifié par l'observation contenue dans la note précédente; la marche que suit ici Julien vient encore le confirmer. Dans sa Const. 104, il n'extrait, comme droit en vigueur, que la Nov. 111. Dans sa Const. 8, il cite, à la vérité, la Nov. 9; mais sans en faire d'extrait, comme ayant été abolie. Il passe entièrement sous silence la Nov. 131, C. 6.

ordinaire de trente ans s'applique aux églises (*p*), parce que le privilége introduit par Justinien n'existait pas encore. Mais en 591 on reconnaît que le pape lui-même ne profite que de la prescription de quarante ans (*q*), parce que Justinien avait prononcé l'abolition générale du privilége de cent ans.

Plus tard néanmoins la jurisprudence des tribunaux établit la règle suivante. Les églises en général ont quarante ans, mais l'*ecclesia Romana*, c'est-à-dire, l'église du pape lui-même, a par exception cent ans. Cette jurisprudence est sans doute fondée sur la Novelle 9; mais il faut l'isoler de l'ensemble des faits historiques pour en tirer un pareil résultat. En effet, on impose ainsi à l'expression *ecclesia Romana* un sens nouveau et arbitraire, car dans l'origine elle désignait les églises d'Occident par opposition à celles d'Orient; ensuite on oublie l'abolition complète de la Novelle 9, abolition formellement attestée par un contemporain, Julien.

Cette nouvelle doctrine fut reconnue pour la première fois vers l'an 878 (*r*). Ce principe, exprimé plus tard par Irnerius (*s*), fut enfin con-

(*p*) c. 1, C. 16, q. 3.

(*q*) c. 2, C. 16, q. 4.

(*r*) c. 17, C. 16, q. 3, du pape Jean VIII.

(*s*) Auth. *Quas actiones*, C. de SS. eccl. (I, 2) : « Quas actiones « alias decennalis, alias vicennalis, alias tricennalis præscriptio ex-

firmé par les décrétales d'Innocent III (*t*) et Boniface VIII (*u*).

Ce résumé historique nous montre dans quels cas doit être appliqué le privilége de quarante ans. Il remplace les prescriptions ordinaires de dix, vingt ou trente ans; et ainsi, dans l'intention de Justinien, il s'applique certainement à l'usucapion des immeubles. D'un autre côté, se trouvent maintenues et placées en dehors du privilége toutes les prescriptions plus courtes, comme l'usucapion triennale des choses mobiliaires mentionnées expressément par Justinien (*v*).

IV. D'après la première loi de Justinien, les ac-

« cludit : hæc, si loco religioso competant, quadraginta annis ex-
« cluduntur : usucapione triennii, vel quadriennii præscriptione,
« in suo robore durantibus: sola Romana ecclesia gaudente centum
« annorum spatio vel privilegio. » — Irnerius a été injustement accusé, au sujet de ce texte, d'avoir falsifié le droit romain. A la vérité, l'inscription ne désigne comme source que la Nov. 131, C. 6; mais il l'a complétée d'après la Nov. 111, et la jurisprudence constante des tribunaux; de sorte qu'on ne peut lui reprocher d'avoir mal entendu la Nov. 9, et d'en avoir fait une fausse application. Cf. Savigny, Histoire du Droit romain au moyen âge, Vol. II, § 70.

(*t*) C. 13, 14, 17, X, de præsc. (II, 26), vers l'an 1206.

(*u*) C. 2, X, de præscr. in VI (II, 13), vers 1300.

(*v*) Unterholzner, I, § 41. Cette restriction prévient l'objection que l'on pourrait faire, que, pour les courtes prescriptions, cela serait souvent impraticable. Ainsi, par exemple, comment reconnaître à une église le droit d'exercer pendant quarante ans l'*actio redhibitoria* ou *quanti minoris?*

tions des villes comme celles des églises doivent durer cent ans (note *i*). Par une loi postérieure, l'empereur abolit complétement ce privilége, et il replaça les villes sous la règle de trente ans (note *m*). Mais comme les villes n'étaient pas nommées expressément, plusieurs crurent à tort que les cent ans continuaient de subsister pour elles; d'autres, qu'elles étaient tacitement comprises dans le nouveau privilége des églises (quarante ans), et les tribunaux ne se sont pas toujours préservés de ces erreurs (*x*).

V. Les actions du fisc. Ici j'ai moins à signaler des divergences d'opinions qu'une absence complète de recherches sérieuses et approfondies.

On doit distinguer avant tout les actions ayant pour objet les droits spéciaux du fisc, d'avec les peines, etc., et les actions fondées sur des droits ordinaires qui peuvent appartenir au fisc.

A) Les actions spéciales du fisc se prescrivent par vingt ans, et cette règle date d'une époque où toutes les actions en général étaient encore imprescriptibles (*y*).

(*x*) Bülow and Hagemann, Practische Erörterungen, Vol. IV, num. 5. Unterholzner, I, § 45. — Le Dictatum de consiliariis regarde le privilége des villes comme toujours existant. Savigny, Histoire du Droit romain au moyen âge, Vol. II, § 70, Zeitschrift für geschichliche Rechtswiss., Vol. V, p. 343, 344.

(*y*) L. 13 pr., de div. temp. præscr. (XLIV, 3), L. 2, § 1, L. 3, L. 4, de requirendis (XLVIII, 17), L. 1, § 3, de jure fisci (XLIX, 14).

Mais ici se placent deux exceptions particulières. Le droit de succession du fisc, en absence de tous héritiers, se prescrit par quatre ans (*z*). Les actions en recouvrement d'impôts sont au contraire absolument imprescriptibles, même d'après le dernier état du droit (*aa*).

B) Les actions ordinaires où le fisc figure, comme toute autre personne, à titre de propriétaire, de créancier, etc., sont soumises à la prescription commune de trente ans. On allègue, il est vrai, une loi d'Anastase qui établit une prescription de quarante ans ; mais cette loi ne parle que d'une action particulière, la revendication des immeubles patrimoniaux (*bb*). Cette loi ne se rattache pas à un privilége général du fisc, car il y est placé sur la même ligne que les temples, à une époque où l'on ne songeait pas encore à une prescription de quarante ans en faveur des églises. Cette espèce particulière de biens domaniaux n'existe plus en droit actuel. — Voici, au contraire, une confirmation non équivoque des trente ans. Quand des colons fugitifs sont pour-

(*z*) L. 1, C. quod de quadr. præscr. (VII, 37.)

(*aa*) L. 6, C. de præscr. XXX (VII, 39) Cf. § 238, *o*. — La loi prussienne, du 18 juin 1840 (Gesetzsammlung, 1840, p. 140), établit, au contraire, pour le recouvrement des impôts, des prescriptions très-courtes.

(*bb*) L. 14, C. de fundis patrim. (XI, 61). Cette prescription est établie pour toute possession avec ou sans redevances.

suivis au nom de la *res privata* de l'empereur, l'action est soumise à la prescription ordinaire de trente ans (*cc*). D'ailleurs, il est dit expressément que la *res privata* jouit de tous les priviléges du fisc (*dd*). — On pourrait tout au plus prétendre que ces actions ordinaires du fisc sont du nombre de celles auxquelles la prescription de trente ans cessa d'être appliquée, par suite d'interprétations arbitraires (§ 238). Mais nulle part cette exemption n'a été formellement reconnue dans les sources du droit.

Les auteurs modernes, se copiant les uns les autres, affirment que quarante ans est la règle suivie dans la pratique (*ee*). Mais d'abord ils ne citent aucune décision judiciaire que l'on puisse vérifier. Ensuite, leurs expressions sont tellement générales, qu'on pourrait les étendre aux actions spéciales du fisc, contrairement aux textes les plus formels du droit romain.

Relativement au laps de temps, nous avons encore à résoudre quelques questions plus générales.

Et d'abord comment se calcule-t-il? Pour les prescriptions d'un an ou moindres d'un an, on applique l'*utile tempus;* pour les prescriptions

(*cc*) L. 6, C. de fundis rei priv. (XI, 65).

(*dd*) L. 6, § 1, de j. fisci (XLIX, 14).

(*ee*) Thibaut, Verjährung, p. 97, 129. Unterholzner, I, § 46. II, § 259. Göschen, I, p. 437. Vangerow, I, p. 173.

plus longues, le *continuum*. — La computation civile s'applique à toutes les prescriptions, de sorte que la prescription est accomplie à l'expiration du jour du calendrier pendant le cours duquel tombe le terme mathématique, le *momentum temporis* (*ff*).

Une question importante est celle de savoir si le laps de temps n'opère que pour les individus entre lesquels a commencé la prescription, ou s'il opère aussi dans le cours de sa durée pour d'autres individus par *accessio temporis*. D'après les principes généraux, la réponse à cette question n'est pas douteuse. La forme du droit sous laquelle agit la prescription des actions est celle d'une exception. Or, en principe, les exceptions se transmettent des deux côtés aux héritiers et aux successeurs à titre singulier, sauf quelques cas spéciaux où l'exception repose sur un rapport purement individuel (§ 227), et tout le monde reconnaîtra que la *temporalis præscriptio* n'est pas un de ces cas spéciaux. D'après cela, nous pouvons poser comme principe : Le bénéfice de la prescription appartient au défendeur originaire et à ses représentants, héritiers, acheteurs, donataires, etc., mais non pas à ceux qui sans succession ont acquis la possession de la chose, en vertu d'une *in rem actio*. Le préjudice de la

(*ff*) Cf. Vol. IV, § 185, 189, 190.

prescription atteint le demandeur originaire, ses héritiers et cessionnaires, tant pour les actions *in rem* que pour les actions *in personam.* — Voici une observation qui confirme cette doctrine. Dans les textes du droit on examine surtout si l'*action* a été exercée en temps utile, ce qui laisse les personnes sur l'arrière-plan, et là où il s'agit de différentes personnes, on recherche toujours si l'*action* que l'on prétend prescrite est *la même* dont la prescription a été commencée.

Voyons maintenant quels sont les principes établis dans les sources du droit. L'usucapion commencée et non accomplie se continua de tout temps dans la personne de l'héritier, qui, d'après le *jus civile,* est identique avec la personne de son auteur (*gg*); mais elle ne se continuait pas dans la personne de l'acquéreur ou du donataire. Cela tient à la nature rigoureusement civile de l'usucapion; mais aussi l'*accessio temporis* fut de tout temps admise sans restrictions pour la *longi temporis præscriptio*, dont la base était l'*æquitas* (*hh*). L'*accessio temporis* fut successivement appliquée à divers cas de l'usuca-

(*gg*) L. 30 pr., ex quib. caus. (IV, 6.)

(*hh*) L. 14, 15, de div. temp. præscr. (XLIV, 3), L. 76, § 1, de contr. emt. (XVIII, 1). Texte qui évidemment ne parle que de la *l. t. præscriptio,* et non de l'usucapion. — La même *accessio* avait lieu pour l'interdit *utrubi,* quoique, là, elle ne fût pas destinée à opérer une prescription d'action. La L. 13, de adqu. poss. (XLI, 2), a trait à cette application.

pion, jusqu'à ce qu'enfin Justinien l'érigea en règle générale (*ii*).

La prescription trentenaire ayant été établie à une époque où la rigueur de l'ancien droit civil n'était plus qu'un souvenir historique, personne ne douta que l'*accessio temporis* ne dût lui être appliquée, comme elle l'était à la *longi temporis præscriptio*, d'autant plus que les trente ans devaient bien rarement s'écouler sans changement de personnes. Voilà vraisemblablement pourquoi les empereurs n'ont pas juge nécessaire de rendre aucune décision sur un point aussi incontestable. Si d'ailleurs on avait pu auparavant mettre en doute l'application illimitée de l'*accessio* à la prescription des actions, cela n'était plus possible depuis que Justinien l'avait établie pour l'usucapion beaucoup plus rigoureuse (note *ii*).

Il y a dans le droit nouveau certaines décisions que l'on comprendrait mal, si l'on voulait tirer de leurs expressions un peu vagues des règles générales contraires aux principes que je viens d'exposer.

Ces principes reçoivent leur application directe, quand, au sujet de la prescription de quarante ans de l'action hypothécaire, le débiteur lui-

(*ii*) § 12, 13, J. de usuc. (II, 6), L. un., C. de usuc. transform. (VII, 31.)

même est identifié avec son héritier (*kk*). — Mais voici des textes moins précis.

Si postérieurement à la prescription de l'action fondée sur la propriété, un nouveau possesseur a pris possession de la chose, Justinien dit que le propriétaire peut exercer contre lui la revendication ; il suppose tacitement que la possession résulte du hasard ou de la violence, et non d'une vente faite par celui qui a acquis la *temporis præscriptio* (*ll*). — Au contraire, une loi d'Anastase, en parlant des quarante ans accordés pour la revendication des biens patrimoniaux, dit que le possesseur actuel peut compter le temps de son prédécesseur (*mm*); il suppose donc tacitement qu'un lien de succession existe entre ces deux possesseurs. Les expressions de ces deux lois sont indéterminées; mais on ne doit pas plus dans un cas que dans l'autre en tirer

(*kk*) L. 7, §1, C. de præscr., XXX (VII, 39).

(*ll*) L. 8, § 1, C. de præscr. XXX (VII, 39), verb. : « Sin « vero nullum jus in eadem re quocumque tempore habuit, etc. »

On ne parlerait pas ainsi d'un nouveau possesseur qui aurait acheté la chose à un possesseur qui prescrivait, et ce nouveau possesseur ne serait pas appelé un peu plus loin *injustus possessor*. La *temporis præscriptio* n'est donc pas ici déniée à l'acheteur. Ce texte ne parle pas non plus de celui qui entre en possession *avant* la prescription accomplie, et surtout il ne parle pas de la prescription des actions personnelles.

(*mm*) L. 14, C. de fundis patr. (XI, 61) : «..... possessione « scilicet non solum eorum qui nunc detinent, verum etiam « eorum, qui antea possederant, computanda. »

aucune conséquence contraire aux principes généraux.

Ces principes, malgré leur évidence, n'ont pas été toujours bien compris par les auteurs modernes, et les textes que je viens d'expliquer ont occasionné leurs méprises (*nn*).

§ CCXLVIII. *Extinction du droit d'action. — III. Prescription. — Ses effets.*

Franke, Civilistische Abhandlungen (1826), num. 2.

Von Löhr, Archiv., Vol. X, p. 72-94 (1827).

Guyet, Archiv., Vol. XI, num. 5 (1828).

Heimbach, Linde's Zeitschrift, Vol. I, num. 22 (1828).

Vermahren, Linde's Zeitschrift, Vol. II, num. 9 (1829).

Büchel, Erorterungen, Heft I, Marbourg 1832.

Cette question a, dans ces derniers temps, donné lieu à de nombreuses dissertations; mais on a rendu sa solution plus difficile par la ma-

(*nn*) Reinhardt, Usucapio et Præscriptio, Stuttgart, 1832, p. 263, et Kierulff, p. 200, n'admettent pas l'*accessio* pour prescription des actions, en se fondant sur la L. 8, C. de præscr. XXX (note *ll*); et, d'après la généralité de leurs expressions, on pourrait croire qu'ils excluent même l'héritier. Kierulff rapporte à l'usucapion la L. 76, § 1, de contr. emt. (note *hh*); mais il se trompe, car la *longi temporis præscriptio,* dont elle parle, est aussi bien une prescription d'action que la prescription trentenaire.

nière de poser la question. Ainsi on a demandé si la prescription éteint le *droit lui-même* ou seulement l'*action*, et, par cette manière de s'exprimer, dans les cas les plus importants et les plus difficiles, on s'est trouvé éloigné, sans s'en apercevoir, des idées du droit romain. Avant toute discussion, il est clair que l'on a voulu distinguer par ce contraste les effets possibles de la prescription, l'un *plus puissant*, l'autre *moins puissant*, et aussi les auteurs se sont-ils divisés en deux partis, sauf quelques modifications secondaires.

Voyons d'abord quel est l'effet de la prescription sur les actions *in rem*, et prenons comme leur type l'action résultant de la propriété. La question posée plus haut a ici une signification très-précise; mais la réponse ne saurait être douteuse pour tous ceux dont l'opinion n'est pas influencée par la considération des actions personnelles.

D'abord, on doit évidemment écarter le cas d'usucapion, car elle absorbe entièrement et incontestablement la prescription de l'action. Si, par exemple, un possesseur sans titre acquiert la propriété par une possession de bonne foi continuée pendant trente ans (*a*), l'ancien proprié-

(*a*) L. 8, § 1, C. de præscr. XXX (VIII, 39). C'est ce que les auteurs modernes appellent *usucapio extraordinaria*.

taire est certainement dépouillé de son droit, car ce droit est passé à un autre, et la même propriété ne saurait être à la fois dans les mains de deux personnes différentes. Il ne saurait plus être question de la prescription de l'action, puisque le droit lui-même est complétement anéanti (*b*). Ainsi, pour que la prescription soit applicable à la revendication, il faut supposer le cas où le possesseur n'acquiert pas la propriété, et cela arrive effectivement, si le possesseur est de mauvaise foi (*c*). Dans ce cas, il est certain que l'ancien propriétaire a perdu non pas le droit lui-même, mais seulement l'action. En effet, il est dit expressément que si, par une circonstance accidentelle, la possession tombe entre les mains d'un tiers qui n'ait ainsi aucune espèce de droit, l'ancien propriétaire peut exercer contre ce tiers la revendication (*d*), ce qui est incompatible avec la perte du droit. Si l'on prétendait que le propriétaire perd son droit, c'est-à-dire la propriété, on arriverait à un résultat absurde. En effet, la chose serait sans maître, et la possession de mauvaise foi continuant de subsister, le possesseur acquerrait par droit d'occupation la propriété de cette chose sans maître, et obtiendrait ainsi

(*b*) Cf. § 230, num. I.

(*c*) L. 8, § 1, C. de præscr. XXX (VII, 39).

(*d*) L. 8, § 1, C. cit., verb. : « tunc licentia sit priori domino.... « eam vindicare.... »

par une autre voie l'avantage que lui refuse absolument Justinien (*e*). — Un de ceux qui attribuent à la prescription un effet plus puissant, prétend que le droit lui-même est anéanti, mais seulement *per exceptionem* (*f*). Il avoue ainsi la contradiction qu'implique sa doctrine, car rejeter *per exceptionem* signifie précisément : ne pas détruire le droit lui-même, repousser seulement l'action, et enlever ainsi au droit la protection que garantissait l'action (§ 225, 226). — Un autre auteur a été mieux avisé en abandonnant tout à fait la destruction du droit pour les actions *in rem*, et en la restreignant aux actions personnelles (*g*). Cela nous ramène directement au terrain véritable de cette grande controverse.

Si nous abordons les actions personnelles, nous voyons aussitôt qu'elles n'épuisent pas la totalité des obligations; car il y a encore des *naturales obligationes*, des obligations sans actions et tout le monde reconnaît qu'elles sont absolument imprescriptibles. Maintenant, ceux qui attribuent à la prescription l'effet moins puissant, et ne la font porter que sur l'action, doivent la rejeter pour les droits qu'aucune action ne protége. Ceux qui regardent la destruction

(*e*) C'est ce qu'observe très-bien Guyet, p. 89, 90. La réplique de Vermehren, p. 358, n'est nullement satisfaisante.

(*f*) Lohr, p. 81, 82.

(*g*) Büchel, p. 37 sq.

du droit lui-même comme le résultat de la prescription peuvent sans inconséquence l'appliquer aux obligations naturelles; mais c'est ce que personne n'a fait (*h*).

L'objet de notre recherche se trouve donc limité aux obligations civiles, c'est-à-dire, aux actions personnelles. Arrivés à ce point le plus important de la discussion, nous voyons tous les inconvénients qui résultent de la manière dont la question a été posée. En effet, le droit romain a sur ces matières des principes très-arrêtés, que des expressions techniques représentent avec exactitude; or, les termes arbitraires dans lesquels la question a été posée nous enlèvent en grande partie les avantages que nous offriraient ces circonstances pour la certitude des résultats, et voilà la principale cause pour laquelle, après tant de discussions, il ne s'est opéré aucun rapprochement entre les diverses opinions (*i*).

(*h*) On devrait s'attendre à trouver ici une institution positive autre que la prescription, pour eteindre les droits non exercés. Si aucun législateur ne s'en est occupé, cela tient à la rareté et au peu d'importance pratique des obligations purement *naturales*.

(*i*) L'obligation, dans son état primitif, est susceptible des mêmes contrastes. Ainsi elle peut être 1) *ipso jure nulla;* 2) non valable *per exceptionem*, avec une *naturalis obligatio* non efficace; 3) non valable *per exceptionem*, avec une *naturalis obligatio* efficace. Je citerai, comme exemples de ces trois cas : 1) la promesse d'un impubère; 2) l'*Exceptio doli* ou *metus;* 3)

Relativement à l'extinction d'une obligation civile, le droit romain établit les distinctions suivantes :

1) Extinction de l'obligation *ipso jure*. Exemples : accomplissement, confusion, novation.

2) Extinction *per exceptionem*, de telle sorte que la *naturalis obligatio* se trouve en même temps détruite. Exemples : *exceptio pacti, jurisjurandi*. — Quant à ses effets, ce cas se rapproche du premier ; mais néanmoins il en diffère essentiellement (§ 225).

3) Extinction *per exceptionem*, de telle sorte que la *naturalis obligatio* continue néanmoins de subsister. Exemple : *exceptio rei judicatæ*.

Si nous rapprochons ces distinctions réelles et incontestables établies par le droit romain de la question proposée, voici ce qui doit arriver. Ceux qui donnent pour effet à la prescription la destruction du *droit lui-même*, doivent prétendre que l'obligation est éteinte *ipso jure* ; ceux qui pensent que l'action seule est détruite, doivent prétendre que l'obligation est éteinte *per exceptionem*, sans rien décider quant au sort de la *naturalis obligatio*. Mais personne n'entend ainsi la question, du moins aujourd'hui, et depuis qu'elle a été si souvent discutée ; et on ne pou-

l'*Exceptio Sc. Macedoniani*. — Je reviendrai, plus bas, § 249, *c*, sur l'exemple de l'*exc. rei judicatæ*.

vait guère l'entendre ainsi, car le droit romain ne parle jamais que d'une temporis *præscriptio* ou *exceptio*.

A la vérité, un auteur du sixième siècle a commencé à marcher dans cette voie. Doneau établit la distinction suivante (*k*) : les actions sont soumises à la prescription, tantôt par la loi même qui les introduit, telles sont les actions annales prétoriennes ; tantôt par une loi postérieure. Dans le premier cas, la prescription opère *ipso jure ;* dans le second, *per exceptionem.* Son principal argument est que pour les actions de la première espèce l'édit porte ordinairement : *intra annum actionem dabo ;* de là Doneau conclut qu'après l'expiration de l'année il n'y a pas d'action (*nulla actio*), et que celle qui existait auparavant est éteinte *ipso jure* (*l*). Mais cette opinion

(*k*) Donellus, Lib. XVI, C. 8, § 21, 22; Lib. XXII, C. 2, § 18.

(*l*) Donellus, sur la L. 6, de O, et A. (XLIV, 7), pose un autre principe : « In omnibus *temporalibus actionibus*, nisi novissi- « mus totus dies compleatur, non finit *obligationem*. » D'abord il ne faut pas croire que l'expression *finit* obligationem désigne une extinction *ipso jure*. Ensuite Doneau impose arbitrairement le nom de *temporalis* actio à la classe d'obligations qu'il a en vue ; or, ce mot désignait autrefois toute action prescriptible, et, dans le droit nouveau, toute action soumise à une prescription moindre de trente ans (pr. J. de perpet., IV, 12). La *rei vindicatio* fut pendant longtemps tout à fait imprescriptible, et ensuite on établit pour elle la *longi temporis præscriptio;* dès lors elle devint certainement une *temporalis actio*, bien que cette

n'est nullement décisive, car deux sénatus-consultes l'emploient pour désigner la non validité, et l'on ne saurait douter qu'elle n'ait lieu *per exceptionem* (*m*). D'ailleurs nous voyons que précisément pour les actions annales prétoriennes, la prescription opère sous la forme d'une annua *exceptio* (§ 247, *g*). Enfin, quand même la doctrine serait vraie, elle ne déciderait rien pour le cas le plus important et le plus fréquent, celui de la prescription trentenaire; les doutes seraient non pas résolus, mais seulement resserrés dans un champ plus étroit.

L'opinion de Doneau n'a pas trouvé de partisans. Les auteurs modernes adoptent en principe que la prescription agit non pas *ipso jure*, mais *per exceptionem*, et leurs discussions portent en réalité sur la question de savoir si la *naturalis obligatio* est détruite ou continue de subsister. Mais le contraste entre *le droit lui-même* et l'*action* exprime très-mal cette idée, et maintenant que l'objet de la discussion est bien

dénomination ne puisse lui appartenir, dans le sens que Doneau impose arbitrairement à cette expression technique. D'après la L. 6, de O. et A. (l'interprétation de Doneau admise), la prescription de la *rei vindicatio* s'opérerait *ipso jure*, et ce n'est évidemment pas le cas.

(*m*) L. 2, § 1, ad Sc. Vell. (XVI, 1) : «..... ne eo nomine ab « his petitio, *neve in eas actio detur....* » De même, on lit, dans la L. 1 pr., de Sc. Mac. (XIV, 6) : « ne cui.... *actio petitioque* « *daretur*. »

précisé, je poserai la question sous cette forme plus courte et non susceptible d'équivoque :

Doit-on attribuer à la prescription un effet plus puissant ou un effet moins puissant (*n*) ?

§ CCXLIX. *Extinction du droit d'action.* — III. *Prescription. Ses effets.* (Suite.)

On a souvent essayé de résoudre la question qui nous occupe, en cherchant dans les sources des textes où il est parlé d'une *actio* perdue ou d'une *obligatio* éteinte, et on les donnait comme preuves, les uns de l'effet moins puissant, les autres de l'effet plus puissant. Je ne blâme pas

(*n*) Ceux des auteurs déjà cités qui se prononcent pour l'effet plus puissant, sont : Löhr, Heimbach, Vermehren, Büchel ; ensuite Vangerow, I, p. 176, 175, 180. Kierulff, p. 210-214. — L'effet moins puissant est soutenu par Franke et Guyet ; ensuite par Weber : Natürliche Verbindlichkeit, § 92, et : Beiträge, p. 54 sq. Glück, Vol. XIII, p. 100, 380, Vol. XV, p. 65, Vol. XX, p. 162. Unterholzner, Verjährung, II, § 258. Schuldverhältnisse, Vol. I, § 247. Mühlenbruch, II, § 481. Puchta : Lehrbuch, § 77. Göschen, § 154. Je partage cette seconde opinion. — En dehors de ces deux systèmes, plusieurs auteurs occupent une place isolée : Doneau, qui distingue les courtes et les longues prescriptions (note *k*); Rave, dont l'opinion se rattache à sa doctrine spéciale sur la *bona fides* (§ 346), et Thibaut, qui a soutenu successivement trois opinions différentes : d'abord, celle que j'adopte ; finalement, celle de mes adversaires, et, dans l'intervalle, la perte du droit lui-même, pour la prescription de trente ans, la perte seule de l'action pour les prescriptions plus courtes. Verjährung, p. 118. Pandeckten, 7[e] ed., 1056, 1062 ; 8[e] ed., § 1019, 1025. Braun's Erörterungen, sur le § 1056.

cette méthode, parce que les anciens jurisconsultes, auteurs de ces textes, ne connaissaient pas la prescription trentenaire ; car nous pourrions, sans aucun scrupule, appliquer à la prescription trentenaire, introduite par le droit nouveau, leurs décisions touchant les effets de la prescription admise de leur temps comme exception, celle, par exemple, des actions annales prétoriennes. Mais la méthode est vicieuse, parce que ce sont des expressions vagues et indéterminées qui ne tranchent nullement la question. En effet, quand nous lisons qu'une *actio* est perdue, ou qu'une *obligatio* est étinete par exception, cela peut se concilier également avec la conservation ou avec la perte de la *naturalis obligatio ;* ces expressions ne décident donc rien quant à ce contraste, le seul important (*a*).

Un meilleur moyen est de rechercher s'il existe

(*a*) Heimbach, p. 437-440, a très-bien approfondi ce point, et il cite de nombreux exemples ; seulement il n'est pas d'accord avec lui-même, lorsque, p. 448, pour prouver que la prescription *éteint complétement le droit,* il s'appuie sur l'expression tempore *liberari*, qui, suivant lui, *indique clairement la libération de toute obligation.* — *Liberari* s'applique aussi bien à l'*ipso jure* qu'au *per exceptionem* (L. 1, § 2, quæ in fraud., XLII, 8, L, 3, § 3, de lib. leg., XXXIV, 3) ; et, dans ce dernier cas, lors même que la *naturalis obligatio* continue de subsister. L. 60, de fidej. (XLVI, 1). « Ubicunque reus *ita liberatur a* cre- « ditore, *ut natura debitum maneat*, teneri fidejussorem res- « pondit : cum vero *genere novationis* transeat obligatio, fide- « jussorem aut jure aut exceptione liberandum. »

une règle générale qui fixe le sort de la *naturalis obligatio,* après qu'une action a été repoussée *per exceptionem.* Nous trouvons cette règle posée formellement par Pomponius, Marcien et Ulpien. Les exceptions établies *odio creditorum* laissent subsister l'obligation naturelle ; celles établies en faveur du débiteur la détruisent (*b*).

Mais cette règle, malgré son apparence de certitude et de précision, nous est de peu d'utilité. D'abord son application est tellement vague et incertaine, que chacun des deux partis l'invoque également. Les partisans de l'effet moins puissant, en disant que la prescription est la peine de la négligence ; mais on leur répond avec raison que c'est moins le motif du préjudice causé que sa justification (§ 237). Les partisans de l'effet plus puissant, en disant que la prescription est établie pour protéger le défendeur ; mais on leur objecte qu'elle a été établie plutôt en vue de l'utilité générale qu'en faveur d'une classe particulière d'individus, comme, par exemple, le *Sc. Vellejanum.*

Mais la vérité de cette prétendue règle est encore plus compromise ; car, dans l'application, elle se trouve souvent démentie, et précisément dans les cas les plus incontestables. Ainsi, l'*ex-*

(*b*) L. 19 pr., de cond. ind. (XII, 6), L. 40 pr. eod., L. 9, § 4, de Sc. Mac. (XIV, 6.)

ceptio rei judicatæ a l'effet moins puissant (*c*), et certes personne ne prétendra qu'elle soit donnée *odio creditoris*. J'en dis autant de l'exception fondée dans l'ancien droit sur la consommation de la procédure (*d*). Au contraire, si jamais exception a été introduite *odio creditoris*, ce sont celles motivées par la fraude ou la violence, la *doli* et la *metus exceptio*, et néanmoins elles ne laissent subsister aucune *naturalis obligatio*, car ce qui a été payé par erreur est sujet à répétition (*e*). — Par là nous voyons comment cette règle a été formée. Les trois juriscon-

(*c*) Ici s'applique le *solutum non repetere*, et ainsi la *naturalis obligatio* continue de subsister. L. 28, L. 60 pr., de cond. indeb. (XII, 6.) Cela est encore confirmé par une circonstance à laquelle on ne fait pas ordinairement attention, je veux dire la manière dont sont énumérées les diverses exceptions dans le titre des Institutes de exceptionibus (IV, 13). Les § 1-4 parlent de l'*exc. metus, doli, pacti, jurisjurandi*, et pour chacune d'elles on a soin d'observer qu'elle dérive du *jus gentium* (*iniquum* est condamnari). Pour l'*exc. rei judicatæ*, au contraire, le § 5 ne reproduit pas cette observation, mais il dit simplement : *debes* per exc. r. j. *adjuvari*. — Au reste, cette question a été de tout temps fort controversée, et le dernier auteur qui l'ait traitée, Pfordten, dans Archiv., vol. XXIV, p. 108 sq (1841), se prononce contre mon opinion.

(*d*) L. 8, § 1, ratam rem (XLVI, 8) : « quia naturale debi- « tum manet. » Dans ce cas, le droit de gage notamment continue de subsister (§ 250, *v*). Cf. Keller, Litiscontestation, § 158.

(*e*) L. 65, § 1, de cond. ind. (XII, 6) : « .... Sin autem evi- « dens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est, (*et*) « *repetitio dabitur*. » L. 7, L. 8, de cond. ab turp. (XII, 5.)

sultes anciens, dont chacun paraît avoir suivi son devancier, n'avaient devant les yeux que deux cas particuliers, avec des résultats pratiques opposés, l'*exceptio Sc. Macedoniani* et *Vellejani*. D'après ces cas, ils cherchèrent à former, par abstraction, une règle générale, et ils saisirent leurs caractères les plus apparents, sans s'inquiéter de savoir si leur règle était également applicable à d'autres espèces de cas. Ici nous trouvons une confirmation nouvelle d'une observation que j'ai souvent reproduite, c'est que les règles abstraites des anciens jurisconsultes doivent être accueillies avec une extrême défiance (*f*).

Contraints d'abandonner entièrement la règle dont je viens de parler malgré son apparence d'authenticité, nous allons en établir une autre que je crois réellement fondée. *Naturalis obligatio* est en général l'obligation fondée sur le *jus gentium* (*g*) ; nous devons donc, par voie de conséquence, admettre que les exceptions uniquement basées sur le *jus civile* des Romains laissent subsister la *naturalis obligatio*, et que les exceptions, dérivant du *jus gentium*, entraînent avec elles l'extinction de la *naturalis obligatio*.

(*f*) Voy. vol. I, § 14, p. 45, § 41, p. 268. Vol. III, Appendice VIII, num. VIII, p. 352, 353.

(*g*) L. 84, § 1, de R. J. (L. 17) : « Is natura debet, quem jure « gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus. »

— La distinction ainsi formulée se trouve effectivement confirmée presque sans exception par des applications particulières incontestables.

Les exceptions suivantes, fondées uniquement sur le droit positif, laissent subsister la *naturalis obligatio*, de sorte que le cas d'un payement fait par erreur, la *condictio indebiti* n'est point admise (solutum non repetitur).

Sc. Macedoniani (note *b*).

Rei judicatæ (note *c*).

Comme représailles contre un *jus iniquum* (*h*).

Par suite du *beneficium competentiæ* (*i*).

Par suite de la consommation de la procédure (note *d*).

Au contraire, les exceptions suivantes, fondées sur le *jus gentium*, ne laissent subsister aucune *naturalis obligatio*, et ainsi les sommes payées par erreur sont sujettes à répétition.

Exc. pacti (*k*).

Doli (note *e*).

Jurisjurandi (*l*).

La seule déviation à ce principe se trouve dans l'exceptio *Sc. Vellejani*, qui a une origine

(*h*) L. 3, § 7, quod quisque juris (II, 2) : « Superesse enim « naturalem causam quæ inhibet repetitionem. »

(*i*) L. 8, 9, de cond. ind. (XII, 6.)

(*k*) L. 34, § 11, de solut. (XLVI, 3), L. 32, § 1, L. 40, § 2, de cond. ind. (XII, 6.)

(*l*) L. 43, de cond. ind. (XII, 6.)

toute positive, et néanmoins détruit la *naturalis obligatio* (note *b*). Mais ici, pour assurer aux femmes une protection efficace, on sacrifiait l'analogie du droit, et cette intention ressort clairement des termes mêmes du sénatus-consulte (*m*). Cette exception isolée, faite volontairement et dans un but spécial, ne saurait donc rendre douteuse la vérité de la règle.

Ce principe une fois établi, la *temporalis exceptio* ne présente plus aucune difficulté. Elle appartient au droit positif et non au *jus gentium;* dès lors elle doit laisser subsister la *naturalis obligatio*. L'analogie de l'ancienne consommation de la procédure (note *d*) confirme directement cette doctrine. En effet, c'eût été contrarier arbitrairement la nature des choses que d'assigner des résultats pratiques différents à deux institutions qui ont entre elles une si grande affinité (*n*).

Voici des considérations générales qui offrent une justification plus éloignée de la doctrine que je défends ici relativement aux effets de la prescription.

Tout le monde reconnaît que la *naturalis obli-*

(*m*) L. 2, § 1, ad Sc. Vell. (XVI, 1). Après avoir dénié l'action dans les mêmes termes que le Sc. Macedonianum (§ 248, *m*), on ajoute spécialement : « cum eas.... ejus generis obligationi« bus obstringi *non sit æquum.* »

(*n*) Franke, p. 74-78, a fait ressortir l'importance de cette analogie.

gatio originaire est absolument imprescriptible (§ 248). Or, il serait déraisonnable de placer le créancier dont l'action aurait été prescrite dans une position plus défavorable que le créancier qui n'aurait jamais eu d'action. Le seul moyen d'éviter cette inconséquence est donc de faire survivre la *naturalis obligatio* à la prescription accomplie (*o*).

Ensuite, la prescription des actions *in rem* ne dépouille pas entièrement le titulaire du droit, elle lui enlève seulement la protection de l'action, et lui laisse des espérances, à la vérité, très-éventuelles et très-incertaines; rien donc de plus conséquent que de mettre dans la même position le créancier dont l'action personnelle est prescrite.

Ces considérations servent aussi à montrer que les adversaires donnent à la déduction de leurs principes une rigueur exagérée. Sans doute, il faut reconnaître avec eux que la prescription a pour but de rendre inattaquable l'état de choses qui a subsisté pendant un certain laps de temps; mais il suffit qu'elle éloigne la cause de trouble. la plus dangereuse, le droit d'action. En effet, comme pour les *naturales obligationes* originaires et pour les actions *in rem*, il reste un germe éventuel de débats, même après un très-long

(*o*) Göschen, § 154, emploie cet argument.

temps écoulé, on peut, sans aller contre le but de la prescription, donner aux obligations civiles un résultat semblable.

Les adversaires cherchent à établir, d'une manière artificielle, l'effet plus puissant de la prescription d'après un texte d'Ulpien (*p*). On sait que l'*actio doli*, comme elle entraîne l'infamie du condamné, n'est admise que si le demandeur n'a pas un moyen moins rigoureux d'obtenir satisfaction. Cette action est donc exclue par toute autre action ou exception conduisant au même but. Ainsi, quand une stipulation est le résultat de la fraude, celui qui a été trompé n'a point la *doli actio*, car la *doli exceptio* le protége suffisamment contre l'action que pourrait intenter l'auteur de la fraude (*q*). Si même il est pro-

(*p*) L. 1, § 4, 6, de dolo (IV, 3). Heimbach, p. 440-442. — On cite encore à l'appui de l'une et l'autre opinion un grand nombre de textes, mais qui, en réalité, ne prouvent rien, et auxquels on attache peu d'importance; je n'en dis rien ici, afin de ne pas distraire l'attention des points principaux, tels sont : la L. 19 pr., de neg. gestis (III, 5), la L. 24, de m. c. don. (XXXIX, 6) (qui certainement n'a aucun rapport avec la prescription des actions), et les L. 5, 6, C. de except. (XVIII, 36.) Je parlerai plus bas (§ 255), au sujet de la prescription des exceptions, de ces deux derniers textes, et de l'importante L. 5, § 6, de doli exc. (XLIV, 4), que Guyet, p. 78 sq., regarde à tort comme décisive en faveur de son opinion.

(*q*) L. 1, § 4, de dolo (IV, 3) : «.... si interdictum sit, quo « quis experiri, *vel exceptio, qua se tueri possit,* cessare hoc « edictum. » Sans doute on a ici en vue la *doli exceptio,* mais aussi beaucoup d'autres exceptions qui peuvent rendre le même

tégé par une autre action, et qu'il la laisse prescrire, on lui refuse la *doli actio*, car c'est par sa faute qu'il se trouve sans protection (*r*). Il ne conserve la *doli actio* que quand l'accomplissement de la prescription provient de la fraude de son adversaire (§ 245, *i*), parce que c'est à cette fraude et non à sa négligence qu'on doit imputer la perte (*s*). Voici maintenant l'argumentation des adversaires. Si à l'action prescrite survivait une *naturalis obligatio*, qui toujours motive une exception (*t*), celui qui est victime de la fraude se-

service, et même avec plus de facilité, quand elles dispensent de la preuve de la fraude. Ainsi, par exemple, la femme que l'on a déterminée frauduleusement à se porter comme caution, n'a besoin ni de l'*actio* ni de l'*exceptio doli*, puisque, indépendamment de toute preuve, l'*exc. Sc. Vellejani* la protége suffisamment. Les *exc. Sc. Macedoniani, L. Cinciæ, L. Plætoriæ, rei judicatæ*, etc., peuvent offrir un résultat semblable.

(*r*) L. 1, § 6, de dolo (IV, 3) : « ..... et si alia actio tempore « finita sit, hanc competere non debere : sibi imputaturo eo, qui « agere supersedit. »

(*s*) L. 1, § 6, de dolo (IV, 3). Immédiatement après les mots cités note *r* : « nisi *in hoc* quoque dolus malus admissus sit, *ut* « *tempus exiret*. »

(*t*) Cela est vrai en ce sens que *quelques-unes* des suites positives de la *naturalis obligatio*, la compensation, par exemple, donnent lieu à des exceptions. Cela n'est pas dit expressément pour la *naturalis obligatio* en général, mais pour la *nuda pactio* ; et cela présente ici un sens déterminé, car *pactio* ou *pactum* désigne spécialement un contrat de remise, dont l'efficacité incomplète se montre par l'exception donnée au débiteur contre l'action du créancier. L. 7, § 4, de pactis (II, 14) : « Igitur nuda « pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. »

rait protégé par cette exception, et dès lors n'*aurait pas* la *doli actio*; mais puisqu'on lui donne cette action, il en résulte qu'il n'existe ni exception, ni *naturalis obligatio*. — Cette argumentation repose sur une confusion d'idées. Quand le préteur refuse la *doli actio* par suite du concours d'une exception, il entend une exception réellement efficace, « qua se tueri possit; » et telles sont effectivement les exceptions mentionnées plus haut (note *q*). Celles, au contraire, qui peuvent être invoquées éventuellement comme résultant d'une *naturalis obligatio*, n'ont pas du tout ce caractère. Lors donc qu'un créancier a laissé accomplir la prescription par suite des manœuvres frauduleuses de son débiteur, quand même, comme je le prétends, la *naturalis obligatio* continuerait de subsister, le préteur ne pourrait lui refuser la *doli actio*, sous prétexte d'une compensation éventuelle, ou d'un payement que son débiteur pourrait lui faire par erreur, auquel cas la *condictio indebiti* serait certainement refusée au débiteur. En semblables circonstances le préteur devait donner la *doli actio*, bien que la *naturali- obligatio* survive à la prescription accomplie.

§ CCL. *Extinction du droit d'action*. — III. *Prescription*. — *Ses effets*. (Suite.)

Je n'ai présenté jusqu'ici sur la durée de la *naturalis obligatio* que des considérations géné-

rales, je vais maintenant examiner quels sont ses divers effets, et là nous trouverons non-seulement les points les plus importants pour la pratique, mais aussi la solution définitive de la question.

Voici en général quels sont les effets positifs de la *naturalis obligatio* (*a*) :

Solutum non repetere, c'est-à-dire, l'exclusion de la *condictio indebiti* dans le cas d'un payement fait par erreur.

Compensation.

Novation.

Cautionnement.

Constitutum.

Droit de gage.

Parmi ces effets, les quatre premiers peuvent se ramener à l'idée générale d'accessoires de l'obligation.

J'observe ici, par avance, que l'interprétation de plusieurs textes relatifs à ce sujet est incertaine, à cause de l'expression *tempore liberari*. Cette expression est équivoque en elle-même, car outre la prescription des actions, elle peut désigner la prescription de la procédure, et la libé-

(*a*) Son caractère distinctif, si on le compare à la *civilis obligatio*, est purement négatif, l'absence d'action ; je ne m'en occupe pas ici. — Je ne traiterai point de ces différents effets dans le même ordre que je viens de les énumérer ; j'examinerai d'abord ceux qui ont le plus d'importance dans la vie réelle, ou qui, ayant été dans les sources du droit l'objet de décisions nombreuses, nous offrent plus d'instruction.

ration de plusieurs cautions ordonnée par une *L. Furia* après deux ans de durée (*b*). Ensuite, il nous est doublement difficile de pénétrer le véritable sens des textes où elle se trouve, car, des trois institutions que je viens d'énumérer, les deux dernières n'existent plus en droit Justinien, et ainsi les textes qui s'y rapportaient dans les ouvrages originaux peuvent avoir souffert des interpolations que nous sommes hors d'état d'apprécier.

Les partisans de l'effet plus puissant doivent, conséquemment à leur doctrine, nier la possibilité de ces divers rapports de droit après la prescription accomplie ; leurs adversaires doivent admettre cette possibilité (*c*).

I. Droit de gage.

Cet effet de la simple *naturalis obligatio* est de tous le plus important, d'abord en ce que dans la plupart des cas son influence est absolue ,et ne dépend pas de circonstances accidentelles.

Puis la possibilité de ce droit, quand elle existe,

(*b*) Gajus, III, § 121. Cette extinction de l'obligation du *sponsor* et du *fidepromissor*, en vertu d'un décret du peuple, s'opérait sans doute *ipso jure*, car on ne voit point d'exception mentionnée ; elle anéantissait la substance du droit lui-même, non pas seulement l'action, et ainsi elle différait de la prescription par la nature de ses effets.

(*c*) C'est ce qui a lieu en général ; les deux parties désignées plus haut (§ 248, *n*) sont donc divisées sur ce point, sauf de petites inconséquences dont j'aurai occasion de parler.

a une double application. D'abord un gage nouveau peut être constitué pour une dette dont l'action est prescrite; ensuite le gage constitué antérieurement conserve son efficacité, malgré la prescription de l'action personnelle. La première application est rare et offre peu d'intérêt, aussi les sources n'en font pas mention. La seconde, au contraire, est très-fréquente et de la plus haute importance; on peut même dire qu'en elle se concentre tout l'intérêt de la question qui nous occupe, et là aussi nous en trouverons la solution.

D'après les principes généraux, un droit de gage ne peut commencer, que s'il existe une obligation réelle et valable, soit *civilis*, soit *naturalis* (*d*). Ce droit ne peut non plus subsister que si l'obligation elle-même subsiste; mais la persistance de l'élément purement naturel de l'obligation suffit pour la conservation du droit de gage (*e*). De là résultent les deux règles suivantes: Quand une *naturalis obligatio* survit à la prescription de l'action, le droit de gage doit continuer de subsister; et réciproquement lorsque l'on peut établir qu'un droit de gage survit à la prescription de l'action, on doit en conclure qu'il

(*d*) L. 5, de pign. (XX, 1): « Res hypothecæ dari posse sciendum est pro quacunque obligatione...... et vel pro civili obli- « gatione, vel honoraria, *vel tantum naturali*..... »

(*e*) L. 14, § 1, de pign. (XX, 1): « Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, *pignus perseverare constitit.* »

existe une *naturalis obligatio*, sans laquelle le droit de gage ne pourrait subsister. — Avant de fournir la preuve que le droit de gage survit réellement à l'obligation, je vais examiner quelques institutions analogues; cet examen confirmera, et fera mieux ressortir les règles que je viens de poser.

Quand une obligation est éteinte seulement *per exceptionem*, mais de telle sorte que la *naturalis obligatio* est en même temps détruite, le droit de gage cesse toujours de subsister; c'est ce qui arrive par suite de l'*exc. pacti* et *jurisjurandi* (*f*). Quand, au contraire, une *naturalis obligatio* survit à l'obligation éteinte *per exceptionem*, le droit de gage continue de subsister, comme nous le voyons dans le cas de l'*exc. rei judicatæ*, après que la demande a été injustement rejetée (§ 249, *c*). Ce principe important est confirmé par la décision rendue dans l'espèce suivante. Un débiteur tue ou mutile son esclave qu'il avait donné comme gage, et ainsi il anéantit ou diminue la valeur affectée à la sûreté de la créance; alors le créancier a contre son débiteur l'*actio L. Aquiliæ*. Le plus souvent cette action n'offre aucun intérêt, car le créancier peut obtenir la même somme en vertu de l'action du contrat, et, en pareil cas, la mort de

(*f*) L. 11, § 2, de pign. act. (XIII, 7), L. 13, quib. modis pign. (XX, 6), L. 40, de jurej. (XII, 2). Cf. § 249, *k*, *l*.

l'esclave ne lui cause aucun préjudice. La décision n'a donc d'importance pratique que si l'action résultant de la dette a été perdue soit par un jugement injuste, soit par un vice de forme (*g*). Ainsi, il résulte de ce texte que, quoique le débiteur ait été renvoyé de la demande, le droit de gage n'en subsiste pas moins.

Maintenant, je reviens à la question principale : Le droit de gage continue-t-il de subsister après

(*g*) L. 27, de pign. (XX, 1) : «.... Fingamus nullam crediti « nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat. » Ici *causa cadere*, en supposant le droit bien fondé, peut s'appliquer à toute espèce de perte du procès, soit qu'elle résulte d'un rejet de la demande prononcé injustement, ou du *plus petere*, qui entraîne aussi le rejet de la demande. — L'opinion contraire, c'est-à-dire la libération du gage, lorsque le créancier succombe dans son action, est, d'après la plupart des auteurs, établie par le texte suivant. L. 13, quib. modis pign. (XX, 6) : «..... si a judice., « quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, *tamen pignus li-* « *beratur.* » Mais *liberare* désigne non-seulement le *ipso jure*, mais aussi le *per exceptionem* (§ 249, *a*). Quand le créancier succombe dans son action, le débiteur acquiert incontestablement l'*exc rei judicatæ* contre l'action hypothécaire, car, pour exercer cette action, il faut prouver l'existence de la dette (L. 10, C. de pign. act., IV, 21, L. 1, C. si pign. conv., VIII, 33). Mais si la chose engagée tombe entre les mains d'un tiers, qui ne l'ait pas reçue du débiteur à titre de succession ou de vente, ce dernier ne peut invoquer l'*exc. rei judicatæ*, le droit de gage subsiste dans toute sa force, et la L. 13 cit. ne dit nullement le contraire. La comparaison que cette loi tire du serment n'est donc vraie que quant à la position respective du créancier ou du débiteur.

que l'action résultant de la dette est prescrite? Certainement d'après le témoignage de plusieurs textes, et plus certainement encore d'après les règles relatives à la prescription spéciale de l'action hypothécaire, règles que personne ne conteste. Lorsque la prescription trentenaire eut été établie pour toutes les actions résultant de créances, l'action hypothécaire contre le débiteur et ses héritiers fut longtemps encore absolument imprescriptible, puis soumise à la prescription, mais à une prescription de quarante ans (§ 238). Ainsi donc, en droit actuel, après que l'action résultant de la dette a été prescrite, le droit de gage subsiste encore pendant dix ans, et il subsiste avec tous ses effets, puisque le créancier peut actionner le débiteur possesseur du gage; et cette action entraîne de soi-même, comme conséquence nécessaire, le droit de vendre la chose hypothéquée et de se payer sur le prix.

Cet argument est non-seulement la preuve la plus décisive qu'on puisse fournir en cette matière, mais le point qu'il décide est aussi l'objet le plus important pour la pratique, sur lequel porte la discussion. Voyons comment les adversaires cherchent à le réfuter.

Ils disent que cette prescription de quarante ans est uniquement relative aux gages constitués pour des dettes qui, dans l'origine, étaient de simples *naturales obligationes*, et dès lors im-

prescriptibles (*h*). Je ne répondrai pas, avec certains auteurs, qu'un pareil gage ne donne aucune action, mais seulement un droit de rétention, quand le créancier se trouve en possession du gage (*i*), car cette doctrine me paraît fausse. Mais voici ce qui rend l'objection insoutenable. Les *naturales obligationes* originaires sont tellement rares, occupent une place tellement secondaire dans les relations de la vie réelle, que jamais elles n'auraient pu devenir l'objet d'une législation aussi étendue, aussi détaillée, que celle relative à l'action hypothécaire. Quand même un empereur se serait complu à régler des subtilités si peu pratiques, du moins il aurait clairement désigné l'objet spécial de son caprice, et, dans ces lois sur la prescription, nous ne voyons rien qui ressemble à une pareille désignation. Les expressions de ces lois sont tellement générales, que les juges devaient les appliquer généralement, par conséquent aussi aux gages constitués pour les obligations civiles, contre l'intention formelle attribuée ici au législateur.

On a encore essayé de réfuter notre argument, en disant que ces lois sur la prescription supposent une action résultant d'une créance, dont

(*h*) Heimbach, p. 457-460.

(*i*) Weber, Natürliche Verbindlichkeit, § 107. Glück, vol. XIV, p. 43, vol. XVIII, § 1076. Cf. dans le sens contraire, Franke, p. 66, 80-85.

la prescription a été empêchée soit par la constitution d'un nouveau titre, soit par l'exercice de l'action (*k*). Ces deux suppositions sont également inadmissibles, car le nouveau titre interrompt la prescription non-seulement de l'action personnelle, mais aussi de l'action hypothécaire (*l*); j'en dis autant de l'exercice de l'action, qui de même interrompt les deux prescriptions (*m*).

D'autres, avec plus d'apparence de raison, reconnaissent que le droit de gage survit à la prescription de l'action, et c'est là le point essentiel pour la pratique; mais ils nient que la *naturalis obligatio* continue de subsister (*n*), et voici comment ils raisonnent. Dans plusieurs autres cas, disent-ils, le droit de gage continue de subsister, contrairement aux principes généraux, mais seulement d'après la lettre de l'édit Servien : nisi solutum vel satisfactum sit; dès lors l'action hypothécaire doit subsister tant que le créancier n'a

(*k*) Donellus, lib. XVI, c. 26, § 8-10, et Comm. in Codicem in L. 2, C. de luit., p. 372.

(*l*) L. 7, § 5, C. de præscr., XXX (VII, 39). Kierulff, p. 214, cherche à confirmer cette interprétation en supposant que le nouvel acte contredit formellement le droit de gage. Mais on ne croira jamais que la législation si importante sur la prescription des actions hypothécaires ait été faite en vue d'un cas aussi compliqué, et qui, peut-être, ne s'est jamais présenté. Ici s'applique, et avec encore plus de raison, tout ce que j'ai dit contre Heimbach (note *h*).

(*m*) L. 3, C. de ann. except. (VII, 40.)

(*n*) Büchel, p. 40-61.

pas été payé, ou n'a pas consenti à la perte de l'action. Comme, après l'action prescrite, on ne peut établir aucune de ces deux circonstances, d'après la lettre de cet édit l'action hypothécaire subsiste, *quoiqu'*il n'y ait plus de dette, ni même de *naturalis obligatio*.

Voici la réponse à cet argument. Sans doute, il y a des cas où l'on a recours à cette interprétation un peu subtile. Mais toutes les fois que l'on invoque ainsi la lettre du droit civil, c'est afin de protéger une *æquitas* évidente. On peut en pareilles circonstances employer des voies de droit extraordinaires, par exemple la restitution, et c'est pour se dispenser de recourir à cet expédient, que les anciens jurisconsultes donnent à l'édit cette interprétation subtile. Ainsi, ils s'en servent contre la confusion (*o*); dans le cas du *Sc. Vellejanum* (*p*); enfin, quand un débiteur nanti d'un

(*o*) L. 30, § 1, de exc. rei jud. (XLIV, 2) : «.... In proposita « autem quæstione magis me movet, numquid pignoris jus exs« tinctum sit dominio adquisito : neque enim potest pignus perse« verare domino constituto creditore. *Actio tamen pignoraticia* « *competit : verum est enim, et pignori datum, et satisfactum* « *non esse*..... » Ici l'*æquitas* dit qu'il serait contre nature qu'un créancier hypothécaire, après avoir acquis un droit nouveau, la propriété, se trouvât *deterioris conditionis* vis-à-vis d'un créancier hypothécaire postérieur, en perdant les avantages de la priorité.

(*p*) L. 13, § 1, ad Sc. Vell. (XVI, 1) : « De pignoribus prio« ris creditoris non est creditori nova actione opus : cum quasi « Serviana, quæ et hypothecaria vocatur, in his utilis sit, quia

gage est institué héritier par son débiteur, mais doit restituer la succession entière à titre de fidéicommis. A la rigueur, la dette et le gage sont éteints par confusion, mais évidemment contre l'*æquitas*, car, dans l'intention de la loi sur les fidéicommis, l'héritier ne doit, en pareil cas, supporter aucune des conséquences de son institution. Aussi on s'aide de la lettre de l'édit pour maintenir l'action hypothécaire; mais on remarque expressément la persistance de la *naturalis obligatio*, puisque sans obligation le gage ne saurait exister (*q*).

« *verum est, convenisse de pignoribus, nec solutam esse pe-* « *cuniam.* » Quand une femme s'engage pour un autre, elle est protégée par l'*exc. Sc. Vellejani;* mais le créancier a contre l'ancien débiteur une *actio restitutoria* (L. 1, § 2, L. 8, § 11, 12, 13 eod.) Ce secours artificiel, dit notre texte, n'est pas nécessaire pour l'action hypothécaire, parce que l'application littérale de l'édit suffit déjà; autrement la restitution ne serait pas refusée.

(*q*) L. 59 pr., ad Sc. Treb. (XXXVI, 1): «..... et hic Serviana « actio tenebit : *verum est enim, non esse solutam pecuniam....* « Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine « competit, *et solutum non repetetur. Remanet ergo propter* « *pignus naturalis obligatio.* » D'après ces mots: *propter* pignus, il ne faudrait pas croire qu'une dette sans hypothèque ne laisserait subsister aucune *naturalis obligatio*, ou que, dans l'espèce, cette obligation ait d'autre effet que le maintien de l'hypothèque. L'extinction de l'obligation, au moyen de la confusion, repose sur la rigueur du droit civil, et, dès lors, elle n'a aucune influence sur la partie naturelle de l'obligation. — Büchel (note *n*) a cherché dans ce texte le principal argument à l'appui de son opinion. Franke, p. 86-107, a très-bien expliqué ce texte, et, p. 103, il observe fort judicieusement que ces mots de l'édit (nisi solutum) étaient sans

Si maintenant nous comparons à ce cas celui de la prescription accomplie, nous voyons qu'il a une tout autre nature. Nos adversaires prétendent que la prescription éteint aussi la *naturalis obligatio*, et cela signifie que cette extinction n'est pas seulement établie dans l'intérêt général, mais qu'elle est conforme au *jus gentium* et à l'*æquitas*. Mais alors pourquoi invoquer la lettre de l'édit contre la réalisation complète de cette *æquitas*, procédé tout au plus admissible quand il s'agit d'échapper à une subtilité du droit civil? Il eût été bien plus naturel de laisser ici un libre cours à l'*æquitas*, et de ne troubler en aucune manière l'extinction complète de la dette et du droit de gage. — Si donc nos adversaires n'ont pas réussi dans leur tentative, il faut en revenir à ce principe posé plus haut : la durée de l'action hypothécaire après la prescription accomplie, prouve invinciblement la durée de la *naturalis obligatio*.

Je passe à l'examen des textes particuliers relatifs à notre question; mais j'observe d'avance qu'aucun d'eux ne nous fournit une preuve aussi convaincante et aussi décisive que le rapport plus général que je viens de développer.

doute insérés dans l'*intentio* de l'action hypothécaire. Cette application littérale a ainsi une relation pratique avec la marche tracée à l'*arbiter*, qui devait prononcer sur le contenu de l'*intentio*.

Un rescrit de l'empereur Gordien est ainsi conçu (*r*) :

Intelligere debes, vincula pignoris durare personali actione submota.

Je ne doute pas que ce texte ne se rapporte surtout à la prescription des actions (*s*); mais il peut se rapporter également à la prescription de la procédure ou consommation de l'action, et dès lors nous ne pouvons l'invoquer comme une preuve certaine à l'appui de notre doctrine. Mais un motif plus grave, c'est que le principe n'est pas littéralement vrai. *Actio submota* désigne la simple extinction du droit d'action, par suite d'une exception. Si donc une stipulation est détruite par un simple pacte, il y a aussi *actio submota*; mais *vincula pignoris non durant* (note *f*). Ainsi, d'après une phraséologie dont il y a plusieurs exemples, le rescrit veut dire seulement : le droit de gage peut quelquefois subsister malgré l'*actio submota* (*t*), ou bien encore : l'*actio submota* n'a pas toujours pour conséquence nécessaire l'extinction du droit de gage (*u*).

(*r*) L. 2, C. de luitione (VIII, 31).

(*s*) On emploie effectivement dans ce sens *submovere actionem*. L. 21, C. de evict. (VIII, 45), Cf. Averanius, II, 12, § 20.

(*t*) Ainsi durare est mis pour : durare *posse*.

(*u*) Je pense donc que les deux partis attribuent à ce texte une importance exagérée. Donellus (note *k*) ne croit pouvoir soutenir son opinion en présence de ce texte, qu'au moyen d'une correction violente, *non* durare au lieu de durare. On n'explique pas

Paul dit que quand un esclave donné en gage est tué par un tiers, indépendamment du propriétaire, le créancier peut exercer l'action aquilienne, si la mort de l'esclave compromet ses intérêts, c'est-à-dire dans les deux cas suivants : lorsque le débiteur est insolvable, ou bien « quod litem tempore amisit » (*v*). Ici l'on reconnaît expressément que la prescription de l'action ne détruit pas le droit de gage. Mais ce texte n'est pas décisif, car on ignore si Paul avait en vue la prescription de l'action ou l'ancienne prescription de la procédure; je crois néanmoins que cette décision est également applicable à l'un et à l'autre cas (§ 249, *d*).

Pomponius raconte l'espèce suivante. Dix jours avant l'accomplissement de la prescription d'une action résultant d'une créance, un mineur s'engage pour le débiteur, puis il se fait restituer contre cet acte. Le créancier doit alors être remis absolument dans la même position qu'auparavant. Ainsi il doit, premièrement, avoir encore dix jours pour exercer son action; secondement, le gage constitué par le premier débiteur redevient valable, et valable pour toujours (*x*).

non plus ce texte, en le rapprochant de la L. 1 eod. Cf. Cujacius, Observ., V, 32, et sur ce texte en général, Franke, p. 78-80.

(*v*) L. 30, § 1, ad L. Aquil. (IX, 2).

(*x*) L. 50, de minor. (IV, 4) : «.... ideoque et pignus, quod

§ CCLI. *Extinction du droit d'action.* — III. *Prescription. Ses effets.* (Suite.)

II. Cautionnement.

Ici se présentent les deux mêmes questions que pour le droit de gage (§ 250) : validité du cautionnement fourni depuis la prescription de l'action qui résulte de la dette; durée du cautionnement fourni avant l'accomplissement de la prescription, et pouvant remonter à l'origine de la dette principale. Ici encore la seconde question est la plus importante. D'après la doctrine que j'ai adoptée, je dois admettre, dans les deux cas, la validité du cautionnement; mes adversaires doivent soutenir l'opinion contraire.

L'indétermination déjà signalée (§ 250) de l'expression *tempore liberari*, met surtout obstacle à la solution de notre question, car aucun des textes que l'on peut alléguer ne donne un résultat certain.

dederat prior debitor, manet obligatum. » En effet, l'acceptation de la dette par le mineur, comme toute autre novation, éteignait complétement le droit de gage (L. 18, de nov., XLV, 2), et il n'était rétabli que par suite de la restitution. Ce rétablissement de gage étant ici reconnu sans aucune restriction, il en résulte que le délai de dix jours influait sur la dette, et non pas sur le gage. Au reste, ce texte se rapporte plus évidemment que les autres à la prescription des actions : «.... qui *temporali actione* tenebatur tunc, cum adhuc supererant decem dies.... » Jamais on n'aurait pu parler ainsi de la prescription de la procédure.

La décision suivante de Paul est la plus importante; elle est relative au premier cas, celui où le cautionnement a été fourni depuis l'accomplissement de la prescription (*a*) :

Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur : quoniam erroris fidejussio nulla est.

Ce texte peut très-bien s'appliquer à la prescription des actions, et, au point de vue que j'ai adopté, il s'interprète de la manière la plus simple. Un débiteur déjà libéré par la prescription donne une caution; celle-ci est engagée (*ipso jure*); mais comme elle profite des exceptions du débiteur principal (*b*), elle se trouve libérée par la *temporis præscriptio* (NON TENETUR, c'est-à-dire *cum effectu*). Néanmoins il faut supposer que la caution ignorait la prescription; car si elle l'eût connue, son engagement aurait eu précisément pour objet de garantir le créancier contre la prescription, et alors sa *temporis præscriptio* serait repoussée par une *doli replicatio*. — Sans les derniers mots, ce texte pourrait s'expliquer également bien dans la doctrine de mes adversaires; alors le *non tenetur* signifierait : *ipso jure non tenetur*, puisqu'il n'y aurait plus de *naturalis obligatio*. Mais les derniers mots repoussent cette interprétation, car, dans

(*a*) L. 37, de fidej. (XLVI, 1.)
(*b*) L. 7 pr., § 1, de exc. (XLIV, 1.) Cf. § 227.

cette hypothèse, l'erreur n'aurait aucune influence (*c*). — Ce texte pouvant s'appliquer à la prescription de la procédure, comme à la prescription des actions, il ne tranche pas la question. — D'un autre côté, il ne s'applique certainement pas à la *L. Furia*, car alors l'erreur n'aurait non plus aucune influence (*d*).

Voici un texte de Scœvola qui n'est pas en opposition avec ma doctrine, mais qui du reste ne fait pas une mention expresse de la prescription (*e*) :

Ubicumque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, *teneri fidejussorem respondit* : cum vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure, aut exceptione liberandum.

En effet, tant que la *naturalis obligatio* subsiste, la caution continue d'être obligée *ipso jure* (teneri respondit). Mais cela n'empêche nullement que quelquefois il ne soit libéré *per excep-*

(*c*) D'après le même motif, je ne saurais admettre que ce texte se rapporte à un contrat fait pour un temps limité (Unterholzner, II, p. 113), car, ce temps expiré, il devient une *inanis obligatio,* et le cautionnement donné depuis est nul, indépendamment de l'erreur.

(*d*) En supposant qu'un *sponsor* ou *fidepromissor,* après l'expiration des deux ans fixés par la L. Furia, eût établi un *fidejussor*.

(*e*) L. 60, de fidej. (XLVI, 1.) J'ai déjà cité ce texte, § 249 relativement à une autre question.

tionem, comme cela arrive, suivant moi, dans le cas de la prescription de l'action (*f*), et que l'exception ne lui profite pas, si elle a une nature purement individuelle, comme, par exemple dans le cas du *beneficium competentiæ* (*g*). — Ce texte n'est pas clair, parce qu'il est isolé. Ainsi, entre les deux cas mentionnés manque un cas intermédiaire, celui où la libération s'opère, à la vérité, *per exceptionem*, mais où la *naturalis obligatio* n'existe plus; alors la caution est certainement libérée, comme, par exemple, lorsque la dette résultant d'une stipulation est éteinte par un pacte.

Quant à d'autres textes que l'on a coutume de citer, il me suffit d'établir qu'ils ne se rapportent certainement pas à la prescription des actions (*h*).

(*f*) Ici le mot *teneri* a un autre sens que dans le texte précédent; mais comme ce mot a effectivement ces deux acceptions, on peut adopter l'une ou l'autre, suivant les besoins de l'interprétation.

(*g*) L. 7 pr., § 1, de exc. (XLIV, 1.)

(*h*) L. 38, § 4, de solut. (XLVI, 3). Cette loi ne se rapporte pas à la prescription des actions, mais à la prescription de la procédure ou à la L. Furia. En effet, Africain ne pouvait penser à la prescription d'autres actions que celle des actions prétoriennes annuelles; or, comme elles étaient soumises à l'*utile tempus*, le temps de l'absence était déduit *ipso jure*, et ne pouvait dès lors donner lieu à la restitution, tandis que l'on appliquait le *tempus continuum* à la prescription de la procédure et à la L. Furia. Cf. vol. IV, § 190. — L. 29, § 6, mand. (XVII, 1), L. 69, de fidej.

III. *Constitutum.*

La validité du *constitutum* présente, comme le droit de gage, deux questions à résoudre, suivant qu'il intervient après ou avant l'accomplissement de la prescription. Suivant moi, le *constitutum* est valable dans les deux cas; car, en général, il suffit qu'il ait pour base une *naturalis obligatio* (*i*). Mes adversaires doivent, s'ils sont conséquents, nier dans les deux cas la validité du *constitutum*.

Ulpien semble traiter ces questions dans le texte suivant, où même l'on trouve l'expression de *temporalis actio;* c'est pourquoi je vais essayer d'abord de l'appliquer à la prescription (*k*). Pour

(XLVI, 1), L. 71, § 1, de sol. (XLVI, 3). Ces trois textes parlent d'un *fidejussor tempore liberatus*, et l'on ne peut en exciper ici qu'en les rapportant à la libération du débiteur principal, par suite de la prescription de l'action; mais plusieurs expressions de ces textes ne s'accordent point avec cette hypothèse; on ne peut les appliquer à la prescription de l'action contre la caution, puisque, du temps des anciens jurisconsultes, cette action était imprescriptible. Dans l'origine, ces textes s'appliquaient sans doute à la L. Furia, et ils ne sont devenus obscurs que par suite d'interpolations.

(*i*) L. 1, § 7, de pec. const. (XIII, 5) : « Debitum autem vel « natura sufficit. »

(*k*) L. 18, § 1, de pec. const. (XIII, 5.) On pourrait vouloir rapprocher ce texte de celui relatif à la caution (note *a*); mais la présence d'une caution implique toujours deux débiteurs, tandis que notre texte parle du *constitutum debiti proprii,* c'est-à-dire d'un débiteur qui confirme ou modifie sa propre dette, et non pas la dette d'un autre. « Proinde temporali actione *obligatum*

que le *constitutum* soit valable, il faut, dit-il, que l'obligation qui lui sert de base soit valable; mais il suffit qu'elle soit valable au moment où le *constitutum* est consenti. Si donc l'obligation n'est valable que jusqu'à une certaine époque, et que le *constitutum* ait lieu avant l'expiration du délai, il conserve ensuite son efficacité. Quand même le *constitutum* placerait le payement à une époque où la première obligation serait éteinte, la clause n'en serait pas moins valable. Ici s'arrête Ulpien; mais cette décision implique évidemment la non validité du *constitutum*, si au moment où il est consenti, la première obligation n'existait déjà plus. Si donc on rapporte ce texte à la prescription en général, Ulpien adopterait, dans cette application spéciale, partie de la doctrine que je défends, et partie de celle que je combats (*l*).

Ce serait déjà là un motif pour ne pas rapporter ce texte à la prescription des actions. Mais ensuite on trouve dans la seconde moitié de ce texte des expressions qu'un ancien jurisconsulte n'aurait jamais employées en parlant de la pres-

constituendo... teneri debere. » C'est donc l'*obligatus* qui *constitue*.

(*l*) Aussi, un des partisans de l'opinion que je combats admet ici une exception, car il reconnaît qu'un *constitutum*, établi avant l'accomplissement de la prescription, conserve depuis son efficacité. Büchel, p. 72, 73.

cription des actions (*m*). Je crois donc plutôt qu'Ulpien avait ici en vue un des cas de la *L. Furia*. L'obscurité de ce fragment vient de ce que les compilateurs, en insérant un texte relatif à une institution abolie, ont cherché à dissimuler la chose par des interpolations, et ainsi ils ont substitué *temporali actione* et *temporalis actionis*, aux expressions dont se servait Ulpien pour rendre des idées toutes différentes.

IV. Compensation.

Nous n'avons sur ce sujet aucune décision des anciens jurisconsultes; mais il faut distinguer les cas suivants.

Si je dois une somme d'argent à un individu contre lequel j'ai une action non encore prescrite en payement de la même somme, et que la prescription vienne à s'accomplir, tout le monde reconnait que les deux créances ont été éteintes *ipso jure*, et que, dès lors, il ne peut plus être question de prescription. Mais pour les temps antérieurs à Justinien, lorsque la compensation opérait seulement *per exceptionem*, la controverse, sur l'effet plus puissant ou moins puissant de la prescription, devait s'étendre à cette application. Maintenant, quel est l'état actuel du droit? Faut-il ou non prendre à la lettre

(*m*) Lib. 18 cit. : « post tempus obligationis, » et : « eo tem- « pore constituit, quo erat obligatio. »

la loi de Justinien, qui déclare que la compensation s'opère *ipso jure?* — C'est une question dont je n'ai point à m'occuper ici.

Reste encore un autre cas, celui où j'ai laissé prescrire mon action, et où, pour une cause survenue postérieurement, je me trouve devoir la même somme à mon ancien débiteur. Les deux opinions se retrouvent ici en présence. D'après la doctrine que j'adopte, je puis opposer à l'action de mon adversaire mon ancienne créance, à titre de compensation, car elle subsiste toujours comme *naturalis obligatio*, et cela suffit pour motiver la compensation (*n*). Néanmoins, quelques-uns de ceux qui suivent la même doctrine que moi, ne lui sont pas restés fidèles dans cette application spéciale, et ils admettent pour ce cas une exception à la règle (*o*). Les adversaires, conséquents à eux-mêmes, nient la possibilité de la compensation.

V. Novation.

(*n*) L. 6, de compens. (XVI, 2) « Etiam quod natura debetur, « venit in compensationem. »

(*o*) Unterholzner, II, p. 314, 315. Il invoque d'abord la convenance, qui, si elle existait ici, existerait également pour d'autres applications, et ensuite la L. 14, de compens. (XVI, 2). « Quæ- « cumque per exceptionem perimi possunt, in compensationem « non veniunt. » Je pense que cette loi est restreinte par la L. 6 eod. (note *h*.) Unterholzner admet le rapport inverse. — Voy., à l'appui de mon opinion, Puchta, Lehrbuch, § 77, et Glück, vol. XV, p. 64, 65, où sont cités un grand nombre d'auteurs pour et contre.

Ici la question à résoudre est plus simple que dans les cas traités précédemment. En effet, si la novation s'est opérée avant l'accomplissement de la prescription, l'ancienne obligation est entièrement anéantie, et il ne peut plus être question de prescription.

Reste donc la question de l'efficacité de la novation postérieure à la prescription. Nous ne trouvons dans les sources aucune décision sur ce cas spécial; nous devons donc lui appliquer la règle générale, mais avec les modifications suivantes. Quand, après l'accomplissement de la prescription, l'ancien débiteur opère lui-même la novation, en sachant que la prescription est accomplie, nos adversaires eux-mêmes peuvent sans inconséquence admettre la validité de la novation, car elle a évidemment pour but de renoncer au bénéfice de la prescription. Je reviendrai plus bas sur le caractère propre d'un semblable contrat. J'en dis autant de la novation faite par un tiers, et à laquelle participe le débiteur, comme cela se fait le plus souvent.

VI. Solutum non repetere.

Ici la question est aussi simple que pour la novation. Le payement fait avant l'accomplissement de la prescription anéantit complétement la dette, et rend impossible la continuation de la prescription. Reste donc la question de savoir si le payement fait par erreur, depuis que la prescription

est accomplie, donne lieu à la *condictio indebiti.* Chaque parti doit résoudre la question d'une manière différente, selon le point de vue qu'il a adopté; mais nous n'avons là-dessus aucune décision certaine des sources du droit (*p*).

Je vais, pour terminer, résumer les dispositions des législateurs modernes sur les effets de la prescription.

Le Code prussien reconnaît dans plusieurs textes que la prescription anéantit le droit lui-même, et ainsi éteint les obligations *ipso jure* (*q*). En réalité, il ne pouvait décider autrement, car il n'envisage pas, ainsi que le fait le droit romain, la prescription des actions comme une institution spéciale, mais comme un cas particulier de la prescription générale par le non-usage (§ 246). Nous voyons la confirmation de cette doctrine

(*p*) La L. 25, § 1, ratam rem (XLVI, 8), juge l'espèce suivante : Un *creditor tempore liberatus* paye avant ce terme et moyennant caution à un procureur non fondé de pouvoir ; le créancier ratifie après le terme. Cette ratification est déclarée nulle évidemment, parce qu'à l'époque où elle est intervenue la dette était déjà éteinte. S'il y avait encore une *naturalis obligatio,* la ratification serait valable pour cette obligation. — Mais nous n'avons aucun motif de rapporter ce texte à la prescription. On l'explique d'une manière très-satisfaisante en le rapportant à un contrat à terme, ou encore à la L. Furia, dont les compilateurs auraient effacé la mention. C'est ce que reconnaissent mes adversaires eux-mêmes. Heimbach, p. 449.

(*q*) A. L. R., I, 9, § 501, 502 (le droit *perdu*), § 564 (le droit *éteint*), I, 16, § 7 (droits *éteints* par la prescription).

dans une des applications pratiques mentionnées ci-dessus, car le code décide formellement qu'une créance prescrite ne peut être opposée comme compensation (*r*). Relativement au droit de gage, dans son application la plus importante, le code décide qu'aucun des droits inscrits sur les registres des hypothèques ne peut se prescrire ni par la possession ni par le non-usage (*s*). Les deux paragraphes où, conformément à la doctrine de Rave, la prescription est considérée comme une simple présomption de l'extinction de l'obligation, sont des textes hétérogènes et sans influence (§ 246).

Le code autrichien (*t*) et le code français (*u*) admettent également l'extinction complète du droit prescrit. En Saxe, ce principe est établi par une loi spéciale du pays (*v*).

Maintenant on peut demander lequel de ces deux systèmes est préférable pour l'avenir; c'est une question que je ne puis résoudre ici d'une manière complète. Si l'on maintient la *naturalis obligatio*, reconnue par le droit romain comme

(*r*) A. L. R., I. 16, § 377.

(*s*) A. L. R., I, 9, § 511.

(*t*) Oesterreich. Gesetzbuch, § 1479, 1499 (*extinction* des droits).

(*u*) Code civil, art. 1234 : « Les obligations *s'éteignent*... par « la prescription. » Art. 2219 : « La prescription est un moyen « d'acquérir ou de se *libérer*.... »

(*v*) Haubold, Sachsisches Privatrecht, § 276.

une institution spéciale, la règle du droit romain sur les effets de la prescription des actions me paraît la seule conséquente. Si, au contraire, on abandonne ce point de vue, on peut, sans inconvénient, adopter la règle simple et absolue des législations modernes. Au reste, la seule application importante dans la pratique est celle touchant la compensation et le droit de gage, et, quant à celui-ci, seulement si l'on continue de soumettre l'action hypothécaire contre le débiteur à une prescription particulière, différente de toutes les autres.

§CCLII. *Extinction du droit d'action.* —. III. *Prescription. Exceptions.*

Il y a des cas exceptionnels où la prescription des actions, tantôt cesse entièrement, tantôt est soumise à d'autres règles que celles exposées précédemment.

I. Suspension de la prescription. Elle peut se présenter dès l'origine, ou pendant le cours de la prescription. Dans le premier cas, la prescription commence plus tard ; dans le second cas, la prescription est interrompue pendant tout le temps que dure la cause de la suspension, et elle continue ensuite comme s'il n'y avait pas eu d'interruption.

Il faut donc bien distinguer la suspension de l'interruption, qui anéantit complétement la

prescription commencée, sans qu'elle puisse être jamais continuée (§ 242, 243). Voici quels sont les cas de suspension.

A. Quand le titulaire du droit est possesseur d'un *peculium adventitium*, impubère ou mineur, à l'exception, pour ce dernier, de la prescription de trente ans (*a*).

B. S'il s'agit de prescriptions d'un an, ou moindres d'un an, quand l'action ne peut être exercée par suite d'un empêchement accidentel (*b*).

C. Dans certains cas spéciaux, où une règle de droit empêche l'action sans détruire le droit, ce que nos jurisconsultes expriment par cet axiome : Agere non valenti non currit præscriptio (*c*). Les cas de cette espèce sont : la revendication de matériaux propres à construire, tant qu'ils font partie d'un édifice (*d*); la dette dont la poursuite est suspendue par un *moratorium* (*e*); les actions résultant d'une succession, pendant la durée de l'inventaire, et pendant le délai accordé pour délibérer (*f*).

(*a*) Voy, vol. III, Appendice VIII, num. XXVII, XXVIII.

(*b*) A cause de l'*utile tempus*. Cf. vol. IV, § 189, 190.

(*c*) Cette règle n'est que la conséquence de la condition fondamentale exigée pour le commencement de la prescription : *actio nata*. Cf. Göschen, p. 439.

(*d*) § 29, J. de rer. div. (II, 1), L. 7, § 10, de aqu. rer. dom. (XLI, 1.)

(*e*) L. 8, in f. C. qui bonis (VII, 71.)

(*f*) L. 22, § 11, C. de j. delib. (VI, 30.)

II. Rapports de droit imprescriptibles en eux-mêmes. Toute prescription conduit uniquement à fixer un état de choses actuel, comme s'il était légitime, par exemple ; une possession, le non-payement d'une dette, etc. (*g*) Ainsi donc, on suppose possible la légitimité de cet état de choses immuable, et le plus souvent cette possibilité n'est pas douteuse. Néanmoins, il y a des cas où, à défaut de cette possibilité, la prescription de l'action doit être déclarée inadmissible.

Telles sont, sous un certain rapport, les actions en partage. Contre l'*actio communi dividundo,* ou *familiæ erciscundæ,* il n'y a pas de prescription, dont l'effet serait de laisser la propriété commune perpétuellement indivise; contre l'*actio finium regundorum,* il n'y a point de prescription, qui jamais empêche de fixer des limites fausses ou incertaines. La prescription, au contraire, peut être invoquée quand, en vertu de ces actions, on réclame une somme d'argent à titre de soulte ou d'indemnité, ou bien une portion de terrain excédant la part du défendeur, mais qu'il a possédée pendant trente ans (*h*).

(*g*) L. 4, C. de præscr., XXX (VII, 39) : « sed quicunque « super quolibet *jure*... sit securus... »

(*h*) C'est à des cas semblables que se rapportent les L. 1, § 1, C. de ann. exc. (VII, 40), L. 6, C. fin. reg. (III, 30.) Voy. surtout Rave, § 147-150. Thibaut, Verjährung, p. 123, 126. Göschen, I, p. 426, 429.

De même, quand à un interdit *uti possidetis* le défendeur oppose, non pas une servitude, mais un simple trouble apporté à la propriété, et continué pendant trente ans ; cet état de choses illégitime ne saurait être protégé par la prescription (*i*).

III. Il y a diverses actions soumises à des prescriptions particulières ; elles trouveront mieux leur place dans la partie spéciale du Traité.

Je vais seulement énumérer ici les actions pour lesquelles il n'existe aucune prescription ; j'observe néanmoins que, parmi ces actions, les unes sont étrangères au droit actuel, et que d'autres, celles relatives aux impôts, ne sont aujourd'hui nullement imprescriptibles.

1) L'action en payement des impôts (*k*).

2) L'action d'une ville contre les décurions qui tendent de se soustraire aux devoirs de leur charge (*l*).

3) La *vindicatio in libertatem,* quand celui qui se prétend libre a jusque-là vécu dans l'esclavage (*m*).

(*i*) On peut encore envisager ce cas sous un autre aspect, et obtenir la même solution. Chaque trouble apporté à la possession est un acte isolé, indépendant des actes antérieurs, et qui ainsi donne lieu à une action nouvelle touchant la possession.

(*k*) L. 6, C. de præscr. XXX (VII, 39). Cf. § 238.

(*l*) L. 5, C. de præscr. XXX (VII, 39). Cf. § 238.

(*m*) L. 3, C. de longi temp. pr. quæ pro lib. (VII), 22, même quand il y aurait soixante ans écoulés.

4) La revendication d'un colon par le propriétaire du sol (*n*).

IV. Contrat.

Un contrat qui exclut entièrement la prescription, ou bien qui la modifie dans ses conditions ou dans ses effets, peut se concevoir de deux manières : avant ou après l'accomplissement de la prescription.

Avant l'accomplissement de la prescription, entre autres, au moment même où se fait l'acte juridique auquel la prescription peut se rapporter un jour ; un pareil contrat me semble tout à fait nul. La prescription est *juris publici*, en ce sens, qu'elle est hors de l'atteinte des volontés privées (*o*), comme le sont les règles et les formes de la procédure qui ont avec elle de l'analogie, et comme la propriété, qui ne peut être constituée par contrat en droit inaliénable (*p*). Néanmoins, cette opinion est combattue par plusieurs auteurs (*q*). Leur principal argument se fonde sur la disposition suivante du droit romain. Quand un acquéreur se réserve de résilier la vente de son gré, il peut le faire pour un temps illimité ; mais s'il n'a

(*n*) L. 23 pr., C. de agric. (XI, 47).

(*o*) L. 38, de pactis (II, 14), L. 45, § 1, de R. J. (L. 17.)

(*p*) L. 61, de pactis (II, 14).

(*q*) Rave, § 167, est de mon opinion; Eichmann, dans une note sur ce texte, soutient l'opinion contraire, que partage Unterholzner, I, § 28.

fixé aucune époque, la réserve est censée faite pour soixante jours (*r*). Or, ce texte ne prouve nullement l'assertion des adversaires, car il ne parle pas de la prescription des actions ; il donne seulement l'interprétation d'un contrat indéterminé, interprétation qui naturellement tombe devant la volonté expresse des parties (*s*).

Tout le monde, au contraire, reconnaît que la prescription accomplie peut être annulée par contrat, c'est-à-dire que l'on peut renoncer en totalité ou en partie au bénéfice qu'elle procure. En effet, ceux même qui prétendent que la prescription détruit la *naturalis obligatio*, admettent néanmoins que la prescription agit *per exceptionem*, et les actes juridiques peuvent modifier de toutes manières le droit résultant d'une exception (§ 225).

Le code civil français reproduit la règle du droit romain, telle que je viens de l'exposer : il ne permet de renoncer à la prescription que si elle est acquise (*t*). Le code autrichien en fait autant (*u*). Le code prussien, indépendamment de la renonciation à la prescription acquise (§ 245, *h*), permet aussi de renoncer à une prescription

(*r*) L. 31, § 22, de ædil. ed. (XXI, 1.)

(*s*) On ne saurait le regarder comme prescription, par cela seul qu'il n'y a point d'*actio nata* dérivant du contrat, comme dans le cas de la clause accessoire de réméré (§ 241).

(*t*) Code civil, art. 2220-2222.

(*u*) Oesterreich. Gesetzbuch, § 1502.

future, mais avec des restrictions toutes particulières (*v*).

§ CCLIII. *Extinction du droit d'action.* — III. *Prescription. Application aux exceptions.*

J'ai exposé complétement la prescription des actions. Il me reste, pour épuiser cette matière, à examiner la question de savoir si la prescription s'applique aussi aux exceptions, et dès lors profite au défendeur. Comme la prescription exerce son influence sur les actions, par voie de *prescriptio* ou *exceptio*, la question peut se poser en ces termes : La prescription peut-elle être invoquée sous la forme d'une *temporis replicatio?*

Avant d'aborder cette question importante et très-controversée, il faut éliminer deux cas, dont le mélange a singulièrement augmenté la difficulté du problème à résoudre.

Premièrement, il y a des cas où une exception ne peut être obtenue qu'au moyen d'une restitution. Comme dans l'origine toute restitution était circonscrite dans le délai d'un *annus utilis*

(*v*) A. L. R., I, 9, § 566-567, 669. Le contrat doit avoir pour objet une chose déterminée ou un droit déterminé ; il doit aussi, sous peine de nullité, être publié judiciairement, et, quand il s'agit d'un immeuble, être transcrit sur le registre des hypothèques.

(depuis, quatre années du calendrier), on a coutume de dire que, dans ces cas, l'exception est soumise à une courte prescription. En voici des exemples : Quand un mineur se portait caution, il avait besoin d'une restitution, afin de pouvoir opposer une exception à l'action résultant de la stipulation (*a*). L'absent, dépouillé de sa chose par l'usucapion, avait besoin d'une restitution pour exercer une *rescisoria in rem actio*; si, par une circonstance accidentelle, il avait recouvré la possession de sa chose, il repoussait la revendication de son adversaire par une exception; mais cette exception n'en était pas moins soumise aux conditions et aux formes de la restitution, et, par conséquent, aussi à la courte prescription, car l'usucapion avait réellement effectué la perte de la propriété (*b*). — Néanmoins, c'est envisager la chose sous un faux point de vue, que de rapporter la prescription à l'exception, car elle porte uniquement sur la restitution. Maintenant, que la restitution serve à obtenir une action, une exception, une réplication, ou tout autre droit, par exemple, l'acceptation d'une succession répudiée mal à propos, ou la répudiation d'une succession acceptée imprudemment, la

(*a*) L. 7, § 3, de minor. (IV, 4.)

(*b*) L. 28, § 5, ex quib. causis maj. (IV, 6). « Exemplo rescisoriæ *actionis* etiam *exceptio* ei, qui republicæ causa afuit, « competit : forte si res ab eo possessionem nancto vindicentur. »

restitution conserve toujours sa nature propre, celle d'un changement radical dans l'état du droit, fondé sur des motifs exceptionnels (*c*). On voit même, dans les exemples cités, combien il y a peu de dépendance entre la prescription et l'exception que donne la restitution; car, du temps de l'ancienne procédure, l'existence même de l'exception tenait à des circonstances accidentelles. Ainsi, lorsque devant le préteur les faits étaient clairement établis, sans qu'il fût besoin de renvoyer l'instruction à un *judex*, le préteur rendait directement une sentence définitive, et alors il n'y avait ni *actio*, ni *exceptio*, ni *replicatio;* mais le délai fixé pour la restitution n'en devait pas moins être observé (*d*).

(*c*) Ici se montre la différence existant entre la restitution et les actions et exceptions. La restitution est un moyen d'attaque; les actions et exceptions ne servent qu'à protéger un droit réellement établi.

(*d*) Cela ressort clairement de la L. 9, § 4, de jurejur. (XII, 2). Un mineur, ayant déféré le serment comme demandeur, avait, par voie de restitution, une réplication contre l'*exceptio jurisjurandi.* Le préteur, sans tenir compte des faits, n'accorde pas la réplication, mais, en même temps, il repousse l'exception, et transforme l'action en *judicium purum.* « Ego autem puto, « hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque « ipsum Prætorem debere cognoscere an captus sit, et sic in integrum restituere..... Præterea *exceptio ista, sive cognitio,* « statutum tempus post annum vicesimum quintum non debet egredi. » Ici l'*exceptio* n'est autre que la *replicatio* mentionnée précédemment (cf. § 229, *a*), et Ulpien dit clairement que le délai de la restitution doit toujours être observé, soit qu'elle donne

Deuxièmement, on fait figurer mal à propos dans notre question l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*. Lorsqu'un prêt est constaté par un acte écrit, pendant deux ans (autrefois pendant cinq ans), cet acte ne peut être invoqué comme preuve. Voilà ce que l'on appelle la prescription de l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* (*e*). L'on croit ainsi avoir établi, du moins pour une exception, l'existence de la prescription, et l'on en conclut qu'elle peut s'appliquer à d'autres exceptions. Or ce délai, qui du reste n'est jamais dans les sources mis sur la même ligne que la prescription des actions, se rapporte non à l'exception considérée comme telle, mais uniquement à cette règle spéciale sur l'usage des preuves par écrit. En voici une double preuve. Supposons qu'en pareil cas il n'y ait pas eu d'acte écrit, et que l'on agisse en vertu de la stipulation jointe au prétendu prêt, le défendeur pourrait également opposer la *doli exceptio;* mais alors il ne

lieu à une *replicatio* formelle, soit que la *cognitio* du préteur décide immédiatement cette question incidente.

(*e*) Ce moyen de droit n'est en général appelé exception que parce que les Romains avaient coutume de joindre au prêt une stipulation. L'action intentée en vertu de cette stipulation, qui ne pouvait être niée, le défendeur avait besoin d'une *doli exceptio,* appelée alors *non numeratæ pecuniæ*. Contre l'action intentée en vertu du prêt, une dénégation absolue aurait suffi; mais les règles du droit restaient toujours les mêmes. § 2, J. de except. (IV, 13.)

serait pas question de délai, car la règle spéciale sur les preuves n'aurait pas d'application. Supposons, au contraire, qu'il y ait eu un acte écrit, cette règle spéciale s'appliquerait également à l'exception et à l'action, et le délai serait toujours le même (*f*). L'action serait alors la *condictio sine causa*, ou *ob causam datorum;* et si l'on voulait regarder ce délai comme une prescription, il faudrait dire que les condictions furent de très-bonne heure envisagées comme *temporales actiones;* et cependant nous savons d'une manière certaine que, jusqu'à l'an 424, les condictions étaient *perpetuæ* (§ 238). De là il résulte que le délai dont je parle se rapporte à cette règle spéciale sur la preuve, non aux principes généraux sur la prescription des moyens de droit, et qu'ainsi elle a plus d'affinité avec les délais de procédure qu'avec la prescription. Nous n'aurons donc pas à nous occuper de ce délai dans la recherche générale relative à la prescription des exceptions.

Ces deux cas une fois écartés de la discussion, je passe à la question de la prescription des exceptions. Pour ne pas laisser place au moindre doute, je déclare d'avance que, suivant moi, *toutes* les exceptions sont absolument imprescriptibles.

(*f*) L. 14, § 4, L. 8, 9, C. de non num. pec. (IV, 30.) Cf. § 254, *g*, *h*.

On peut distinguer ici trois classes de cas, et pour chacune d'elles, il s'agit de voir si la prescription est admissible.

I. Exception sans action.

II. Exception et action cumulativement.

III. Action sans exception.

Première classe. Exception sans action.

Ces cas offrent peu de difficultés, et n'ont jamais été l'objet d'une controverse. En effet, on ne saurait, sans absurdité, infliger la peine de la négligence à celui qui ne pouvait pas agir, car il dépend uniquement de l'adversaire d'intenter ou de ne pas intenter l'action (*g*).

Ces cas d'ailleurs se présentent rarement, et ils n'ont pour le résultat pratique de notre recherche qu'une importance secondaire. Voici un cas certain de cette espèce. Quand le possesseur d'un immeuble, attaqué en revendication, est renvoyé de la demande, il acquiert contre le demandeur une *exceptio rei judicatæ*, mais pas d'action, car le jugement nie le droit du demandeur, sans attribuer au défendeur aucun droit posi-

(*g*) On pourrait dire qu'il dépend de lui d'obliger par une provocation son adversaire à agir; mais cette voie extraordinaire, introduite par la pratique moderne dans l'intérêt exclusif du provocateur, ne saurait avoir sur l'application du droit une telle influence que son omission dût être considérée et punie comme une négligence, car alors cette faveur aurait un côté très-dangereux. Unterholzner, II, § 157.

tif (*h*). Le défendeur peut sans contredit invoquer cette exception, lors même qu'après plus de trente ans la même action serait reproduite par le demandeur ou par ses sucesseurs.

§ CCLIV. *Extinction du droit d'action.* — III. *Prescription. Application aux exceptions.* (Suite.)

Seconde classe. Exception et action cumulativement.

Ce cas est le plus fréquent et le plus important de tous; mais il faut d'abord le définir exactement.

On se figure ordinairement que le titulaire du droit peut choisir entre ces deux moyens, etque tous deux mènent au même but; aussi plusieurs ont-ils pensé que la négligence à intenter l'action devait entraîner la perte de l'exception qui lui est identique.

Mais ce point de vue est faux pour plusieurs motifs. D'abord, il ne peut jamais y avoir une action et une exception existant simultanément, entre lesquelles le titulaire du droit puisse choisir à son gré. En effet, pour invoquer l'exception,

(*h*) L. 15 de exc. rei jud. (XLIV, 2.) On ajoute ordinairement ici le cas de la *doli exceptio* (L. 5, § 6, de doli exc., XLIV, 4), parce qu'elle exclut la *doli actio* (§ 249, *q*); mais on verra plus bas (§ 255), que cette exception doit être envisagée autrement.

il faut que l'adversaire ait intenté son action; auparavant cela est impossible. Voici plutôt le sens véritable de ce concours apparent : à côté de mon droit d'action que je puis toujours exercer à mon gré, existent toutes les conditions de fait susceptibles de motiver l'action de mon adversaire et mon exception, si l'adversaire intentait son action (*a*). Il y a donc une grande différence entre ce cas et le concours des actions (§ 231 et sq.); là le titulaire pouvait choisir entre deux modes d'action de même nature, ici il ne peut choisir qu'entre un mode d'action et une attente passive. — Ensuite l'identité du but n'existe réellement que par rapport au résultat définitif matériel, non par rapport aux effets juridiques. Si je réussis dans mon action, mon adversaire est condamné; si mon exception est acueillie, je suis renvoyé de la demande; or, ce sont là deux faits juridiques très-différents. Sou-

(*a*) Si une aliénation m'est arrachée par des menaces, et que, plus tard, je vienne à recouvrer la possession de la chose aliénée, alors se présente le cas dont il est ici parlé, car toutes les conditions se trouvent réunies pour la revendication de mon adversaire, qui est réellement propriétaire, et pour ma défense, au moyen de la *metus exceptio*. Si, au contraire, mon adversaire est en possession, j'ai une action, mais pas d'exception, car mon adversaire ne saurait exercer d'action contre moi. Il faut qu'un nouveau fait intervienne, la perte de la possession en ma personne, pour que mon adversaire acquière une action, et moi une exception contre cette action. Le cas rentre alors dans ceux de la troisième classe.

vent, sans doute, ces deux faits produisent le même résultat quant à l'étendue et à la securité de mes biens, mais cela tient à des circonstances accidentelles et très-diverses.

Avant d'entreprendre l'appréciation des cas appartenant à cette classe, je vais par une suite d'exemples la mettre en évidence, afin qu'il ne reste aucune incertitude sur sa nature et ses limites. Dans chacun de ces cas, il s'agit de savoir si la prescription de l'action entraîne ou non la perte de l'exception qui concourt avec elle (dans le sens déterminé plus haut); car tel est le point sur lequel il y a divergence d'opinions.

1) Un immeuble est acheté en 1841, la tradition doit se faire immédiatement, et le payement en 1843; aucune des deux parties n'exécute le contrat. Ici l'*actio emti* sera prescrite en 1871, l'*actio venditi* en 1873, car elle ne commence qu'en 1843. Pendant tout ce temps, chacune des parties avait l'*exceptio non impleti contractus*, contre l'action que son adversaire aurait voulu exercer. Maintenant l'*actio venditi* est intentée en 1872 : on demande si l'acheteur dont l'action est prescrite depuis un an, peut invoquer l'exception susnommée (*b*).

(*b*) Je résous cette question affirmativement; Unterholzner, II, § 159, la résout négativement. — Ici le résultat matériel des deux moyens de droit est très-différent. L'action a pour objet l'exécution du contrat; l'exception, sa non exécution; à moins

2) Un cheval vendu meurt d'un vice caché peu de temps après la vente et avant le payement du prix. Ici l'acheteur a une *redhibitoria actio* pour se faire libérer de sa dette, action qui se prescrit par six mois, et une exception contre l'action du vendeur en réclamation du prix (*c*). On demande si, malgré la prescription de l'action rédhibitoire, l'exception peut encore être invoquée dans le cas où l'*actio venditi* serait exercée après les six mois (*d*).

3) Quand une stipulation est le résultat de la violence, le débiteur peut intenter l'*actio quod metus causa* en acceptilation, ou bien attendre l'action résultant de la stipulation, et lui opposer l'*exceptio metus* (*e*). Son action se prescrit certainement par trois ans; on demande si l'exception est également perdue (*f*).

que le demandeur n'offre d'exécuter le contrat, comme il est libre de le faire. Quelquefois la réalisation de la vente est chose indifférente à l'acheteur, quelquefois aussi elle a pour lui une grande importance.

(*c*) L. 59 pr., § 1, de ædil. ed. (XXI, 1.)

(*d*) Je résous encore cette question affirmativement, et Unterholzner, II, § 159, la résout négativement. — Ici les résultats matériels de l'action et de l'exception sont identiques, comme dans tous les cas suivants.

(*e*) L. 9, § 3, quod metus (IV, 2).

(*f*) Dans la plupart des cas, cette question ne peut s'élever, parce que l'action de la stipulation se prescrit en même temps que l'action *quod metus causa*. Quelquefois, néanmoins, cette dernière n'est prescrite que plus tard, si, par exemple, la stipu-

4) Quand un créancier lègue à un débiteur la libération de sa dette, celui-ci peut attaquer l'héritier en acceptilation, ou bien attendre l'action résultant de la créance, et opposer l'exception (g). Même question que dans le cas précédent.

5) Celui qui, par un motif erroné, s'engage à payer une somme d'argent, par exemple dans la supposition d'un prêt non effectué, peut agir contre le créancier en vertu de la *condictio sine causa* (h). Il peut aussi attendre l'action résultant de la stipulation, et lui opposer la *doli exceptio* (i).

6) Si un proche parent, déshérité sans motifs valables, se trouve par une cirsconstance accidentelle en possession de l'hérédité, il peut néanmoins exercer la *querela inofficiosi,* car il existe un testament valable en soi et susceptible d'être attaqué. Il peut aussi attendre la *hereditatis petitio* de l'héritier institué, et alors opposer ses griefs sous la forme d'une exception (k).

lation arrachée par la crainte était faite *in diem.* Cette remarque s'applique aux deux cas suivants.

(g) L. 3, § 3, de liberatione leg. (XXXIV, 3.)

(h) L. 1 pr., L. 3, de cond. sine causa (XII, 7), L. 31, de cond. indeb. (XII, 6.) Cf. § 253, *f.*

(i) L. 5, § 1, de act. emti (XIX, 1), L. 3 C., de cond. indeb. (IV, 5.) — C'est en réalité l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* dont j'ai parlé plus haut; mais elle se montre ici dans toute sa pureté, et non sous l'influence des règles spéciales à la preuve par écrit.

(k) L. 8, §.13, de inoff. test. (V, 2.) Dans ce cas, et dans

Je passe à l'appréciation des cas appartenant à cette seconde classe, dont je viens de montrer la nature dans une suite d'exemples.

On pourrait essayer d'appliquer ici les principes exposés plus haut sur les effets de la prescription (§ 249). Si l'on admet que la *naturalis obligatio* continue de subsister, il faut nécessairement admettre l'imprescriptibilité de l'exception ; car tout le monde reconnaîtra que l'obligation imparfaite qui survit au droit d'action suffit pour motiver une exception. Les adversaires pourraient vouloir décider la question en sens inverse, mais cela ne résulte pas nécessairement de leur doctrine. Car on peut considérer l'exception comme un droit à part et indépendant de l'action, et alors la diversité des opinions sur les effets de la prescription deviendrait sans influence. Nous devons donc plutôt chercher si la prescription, considérée en soi, est dans un esprit et dans un but (§ 237) applicable aux exceptions par voie d'analogie, et je crois que c'est effectivement le point de vue où il faut se placer pour obtenir une solution satisfaisante de la question.

Au premier abord, on pourrait croire que la cause la plus générale de la prescription, la né-

celui placé sous le num. 2, l'action était déjà soumise à la prescription du temps des anciens jurisconsultes ; mais, dans les autres cas énumérés ici, l'action était imprescriptible.

gligence, se retrouve également ici, car en fait le titulaire pouvait agir, et il n'a pas agi. Mais cette apparence tombe devant un examen plus attentif. La négligence qui motive la prescription de l'action consiste en ce que le titulaire s'abstient d'exercer une action qui lui rendrait la jouissance d'un droit dont il est privé. Mais celui dont nous parlons jouit de la partie essentielle de son droit; l'action qu'il laisse prescrire aurait pu mettre cette jouissance sous la protection de formes plus complètes, mais sans changer essentiellement sa position. — Si l'on considère attentivement la position de l'adversaire, on arrive au même résultat. Le principal but de la prescription est d'assurer une sécurité complète à un état de choses qui a subsisté sans trouble pendant nombre d'années. Mais dans les cas dont nous nous occupons, celui qui invoquerait la prescription de l'exception n'a jamais eu la jouissance de cet état paisible; c'était toujours un rapport équivoque incertain, et qui depuis longtemps aurait dû le déterminer à agir, quoique la prescription de l'action ne soit pas encore accomplie (note *f*).

Un des motifs de la prescription est la diminution des procès quand ils ne sont pas indispensables à la protection d'un droit certain; or, celui dont nous parlons agit précisément dans l'esprit des lois sur la prescription. Par amour

pour la paix, il renonce à une action qui lui procurerait une plus grande sûreté dans la forme, et il se contente des avantages réels de sa position.

Enfin, un motif très-grave de la prescription est que le demandeur, en différant d'intenter son action, augmente souvent la difficulté de la défense, et quelquefois même ce retard est un calcul de la mauvaise foi. Ici ce danger menace précisément celui qui, après l'accomplissement de la prescription, invoque l'exception ; lui seul souffre du délai, non pas son adversaire ; et dès lors aucun droit ne se trouve compromis. On pourrait objecter que l'adversaire peut avoir une réplication que le temps écoulé rend plus difficile à établir. D'abord la réplication est bien plus rare et bien moins importante que la défense directe du défendeur ; ensuite, dans notre hypothèse, l'adversaire avait toujours un droit d'action, et si le délai apporté à la décision du litige lui cause un préjudice, il ne doit l'imputer qu'à lui-même.

Nous pouvons surtout apprécier la valeur de ces arguments généraux dans les deux premiers cas cités comme exemples. Quand, après la vente de l'immeuble, les deux parties ont pendant si longtemps différé l'exercice de leurs droits, c'est que sans doute chacune d'elles a reconnu, après un mûr examen, qu'elle n'avait pas grand avantage à l'exécution du contrat. Elles ne l'ont pas

résilié, parce que chacune d'elles, se trouvant dans sa position primitive, attendait le développement des circonstances extérieures pour prendre un parti définitif. Après que cet état d'indécision mutuelle a duré jusqu'en 1872, il serait souverainement injuste de faire perdre à l'acheteur le prix et la chose, par ce seul motif que le contrat se trouve avoir assigné des époques différentes à leurs prestations respectives.

Il en est de même du cheval qui meurt peu de temps après la vente. Peut-être l'acheteur avait-il dénoncé immédiatement la mort du cheval au vendeur, et celui-ci ne faisant aucune réclamation, sans renoncer expressément au prix, l'acheteur se contente de n'avoir pas payé. La prescription de l'exception serait incomparablement plus dure que la prescription de l'action rédhibitoire en restitution du prix de la vente.

Troisième classe. Action sans exception.

Il faut supposer que le titulaire du droit violé, et qui a un droit d'action, se trouve dans une position telle que son adversaire n'a pas d'action, et dès lors le titulaire n'a pas d'exception à lui opposer. La prescription de l'action une fois accomplie, il faut supposer que les choses changent de face; l'adversaire acquiert une action contre le titulaire, qui de son côté peut avoir une exception, et il s'agit alors de la prescription de cette exception.

Voici un exemple de cette combinaison. Un propriétaire est déterminé par des menaces à aliéner un immeuble, dont son adversaire reste en possession. Il a alors l'action *quod metus causa;* mais rien ne motive une exception, car le possesseur n'a ni le besoin, ni la possibilité d'exercer aucune action. Après que l'action *quod metus causa* a été prescrite, celui qui a cédé à la violence, recouvre, par une circonstance accidentelle la possession de l'immeuble; son adversaire le revendique, et alors on demande s'il peut opposer à cette action l'*exceptio metus*, ou si cette exception est prescrite avec l'action du même nom.

Les cas de cette classe sont plus rares et moins importants que ceux de la classe précédente.

Ici la décision de la question dépend uniquement, suivant moi, de l'opinion que l'on adopte sur les effets de la prescription. Quand on admet avec moi que la *naturalis obligatio* survit à la prescription, on doit rejeter la prescription de l'exception, car cette obligation suffit pour motiver une exception, dont le besoin se fait sentir pour la première fois, et dès lors aucune négligence ne peut être imputée à celui qui l'invoque. Quand on nie la *naturalis obligatio*, on rejette par là même la base de l'exception (*l*). Les motifs

(*l*) La question rentre donc dans celle posée plus haut sur la possibilité de la compensation, si toutefois j'ai laissé prescrire

pratiques qui dans les cas de la seconde classe, défendaient la partie lésée contre le reproche de négligence, et indépendamment de cette controverse, s'opposaient à la perte de l'exception, ces motifs n'existent pas ici.

§ CCLV. *Extinction du droit d'action.* — III. *Prescription. Application aux exceptions.* (Suite.)

Jusqu'ici j'ai traité la question d'après les principes généraux ; il me reste à chercher s'il y a dans les sources du droit romain quelque décision qui s'y rapporte.

Le seul texte que l'on puisse valablement citer en cette matière, est le texte suivant de Paul (*a*).

Non sicut de dolo actio tempore certo finitur ita etiam exceptio eodem tempore danda est : nam hæc perpetuo competit : cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure : is autem cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.

Plusieurs auteurs citent ce texte comme preuve de la prescriptibilité des actions appartenant à la seconde classe, et voici comment ils l'inter-

mon action, et si la demande de mon adversaire, à laquelle je veux opposer la compensation, n'a pris naissance que depuis l'accomplissement de la prescription. Cf. § 251, num. IV.

(*a*) L. 5, § 6, de doli exc. (XLIV, 4.)

prètent (*b*). Quand j'ai été déterminé par une fraude à faire une stipulation, on conçoit que je puis avoir une double protection, la *doli actio* et la *doli exceptio*, contre l'action résultant de la stipulation. Comme celle-ci me protége suffisamment, la première doit m'être refusée par égard pour l'honneur de mon adversaire (*c*). Dès lors ce cas rentre dans la première classe, puisque celui qui est victime de la fraude a simplement une exception, et point d'action. Cela est confirmé par le motif allégué à la fin du texte, et qui suppose l'absence de toute négligence. Le même motif réfute, dit-on, la décision par moi adoptée pour les cas de la seconde classe ; car dans ces cas, il y avait une action possible dont l'omission implique négligence. — Cette interprétation me semble devoir être rejetée par les motifs suivants.

Dans l'espèce citée, le débiteur victime de la fraude a sans doute une action, non pas seulement l'action infamante et soumise à une courte prescription, la *doli actio*, mais encore une actio *in factum*, qui lui procure une indemnité égale au bénéfice réalisé par l'auteur de la fraude, et dont l'effet est par conséquent identique à celui de la *doli exceptio* (*d*). Quelquefois il a un grand

(*b*) Rave, § 165. Unterholzner, II, § 157.
(*c*) L. 1, § 40, de dolo (IV, 3).
(*d*) L. 28, 29, de dolo (IV, 3.)

intérêt à intenter immédiatement cette action, parce qu'alors il est lui facile d'établir la fraude; tandis que plus tard la mort des témoins peut lui ôter ses moyens de preuve. Ainsi donc, ce cas appartient à la première classe, non à la seconde (*e*), et il confirme plutôt notre doctrine. Le motif allégué à la fin du texte, si on l'examine attentivement, est également favorable à notre opinion. En effet, si celui qui est victime de la fraude peut toujours intenter une action, il n'en reste pas moins littéralement vrai que, comme le dit Paul, sa volonté ne peut déterminer l'*usage de l'exception*, car l'adversaire peut exercer son action quand il lui convient, et choisir pour cela le moment qu'il croit le plus propice. On ne pourrait donc, sans injustice, soumettre à une prescription l'exception considérée en elle-même, et c'est de cela seul qu'il s'agit.

Je pense donc que ce texte confirme, par la doctrine qu'il expose, l'imprescriptibilité des exceptions de la seconde classe; mais je ne puis le regarder comme une décision directe de la question qui nous occupe. Pour cela, il faudrait que Paul eût réellement parlé du concours d'une exception avec une action *prescriptible*, et de la durée de l'exception après la prescription de l'action. Or,

(*e*) Ce cas est donc tout à fait semblable à celui de la *metus exceptio*, dont j'ai parlé plus haut (§ 154, *c*).

l'*actio in factum*, dont il s'agit ici, était de son temps *perpetua*, dans le sens le plus rigoureux, c'est-à-dire absolument imprescriptible. Paul avait donc en vue un cas différent de ceux de la seconde classe, et il se contente de nier la seule chose que l'on pût mettre en question de son temps, savoir : que la *doli exceptio* n'est pas soumise à la courte durée de la *doli actio* ; et cette action, comme le disent très-bien les adversaires, ne concourt pas avec la *doli exceptio*, puisqu'elle est exclue par elle.

Les autres textes sont encore moins applicables à notre question que celui qui précède ; et si je les mentionne, c'est afin de ne laisser dans l'ombre rien qui puisse éveiller des doutes (*f*).

Un rescrit de Dioclétien est ainsi conçu (*g*) :

Licet unde vi interdictum intra annum locum habeat, tamen exceptione perpetua succurri ei,

(*f*) On peut écarter en peu de mots plusieurs des textes ainsi allégués. La L. 9, § 4, de jurejur. (XII, 2), à laquelle Unterholzner, II; § 158, attache une grande importance, parle de la prescription de la restitution, et non de l'exception. Cf. § 253, *d*. — La L. 8, § 13, de inoff. (V, 2), ne dispose ni pour ni contre la *prescription* de l'exception; elle ne s'occupe que de son admissibilité. Cf. § 254, *i*. — Pour rapporter à la prescription des exceptions la L. 30, § 6, de peculio (XV, 1), il faut se laisser tromper par ces mots : in dolo *objiciendo*, et plus loin : *objici*. Dans le fait, cette loi parle de l'*actio peculio,* contre celui *qui dolo fecit quo minus quid esset in peculio* (L. 21 eod.), et cette action se prescrit comme la *doli actio*, dont elle n'est en réalité qu'une application particulière.

(*g*) L. 5, C. de except. (VIII, 36.)

qui per vim expulsus post retinuit possessionem, auctoritate juris manifestatur.

On pourrait croire que ce texte exprime le principe suivant : l'interdit, comme action, est annuel; comme exception, il est imprescriptible; et ce serait alors la confirmation directe de notre doctrine. Mais on répond avec raison, que l'exception empêche seulement le demandeur de s'enrichir injustement, et que, dans ce sens restreint, l'interdit comme action est également imprescriptible (*h*). Cette réponse, très-juste en soi, ne résout pas la difficulté principale, savoir comment il faut entendre l'action à laquelle l'exception doit être opposée. On pourrait penser d'abord à la revendication; mais, en général, la simple posession ne donne aucune exception contre l'action résultant de la propriété. On a donc cru, avec beaucoup d'apparence de raison, qu'il s'agit ici de la peine prononcée contre ceux qui se font eux-mêmes justice, et l'on a dit que l'adversaire, ayant perdu sa propriété pour cette cause, l'exception maintient cette perte (*i*). Mais ce serait là la négation de la propriété, et non une exception; ensuite cela constituerait une peine véritable, et dépasserait de beaucoup la prohibition d'un bénéfice injuste, reconnue plus

(*h*) L. 1 pr., § 48. L. 3, § 1, de vi (XLIII, 16).
(*i*) Unterholzner, II, p. 24.

haut comme imprescriptible; enfin surtout, la loi qui punit ceux qui se font eux-mêmes justice, est bien postérieure à Dioclétien (*k*). — Voici en réalité l'espèce de la loi : Il y a entre Gajus et moi litige sur la propriété d'un immeuble; Gajus me dépossède violemment; plus tard les circonstances rendent l'état de la possession douteux; Gajus, qui veut terminer le différend, exerce contre moi l'interdit *uti possidetis*, afin de me contraindre à exercer la revendication. J'ai contre cet interdit l'*exceptio violentæ possessionis* (*l*), et cette exception, dit notre rescrit, n'est pas soumise, contre l'interdit *de vi*, à une courte prescription. — Cette décision est pleinement confirmée par le motif donné plus haut, et ainsi notre texte ne reconnaît nullement l'imprescriptibilité de toutes les exceptions en général.

Un autre rescrit du même empereur s'exprime en ces termes (*m*) :

Si pactum intercessit, in exceptione sine temporis præfinitione de dolo replicare potes.

Un débiteur obtient frauduleusement, par un simple pacte, la remise d'une dette résultant d'une stipulation. A l'action de la stipulation il

(*k*) La L. 7. C. unde vi (VIII, 4), est de l'an 389.
(*l*) L. 1 pr., § 5, 9, uti poss. (XLIII, 17.)
(*m*) L. 6, de except. (VIII, 36.)

oppose la *pacti exceptio*; mais elle est repoussée par la *doli replicatio*, qui, d'après le rescrit de l'empereur, n'est pas soumise à la prescription de la *doli actio*. Cette décision prouverait tout au plus l'imprescriptibilité des réplications, et non des exceptions; mais elle ne la prouve même pas, car cette réplication, comme l'exception dans le cas précédent, a seulement pour objet d'empêcher un gain illicite, et, sous ce rapport, l'action elle-même était imprescriptible. — Au reste, ce texte n'est plus en harmonie avec la législation justinienne; car, si depuis la remise de la dette obtenue frauduleusement, trente ans se sont écoulés, et que l'on veuille en induire la prescription de la *doli replicatio*, l'action de la stipulation est elle-même prescrite auparavant : dès lors on lui oppose la *temporalis prescriptio*, et il ne saurait être question de la *pacti exceptio*, à laquelle seule peut se rapporter la *doli replicatio*.

Les auteurs posent ordinairement cette question dans un sens plus restreint que je ne l'ai fait ici. Pour les cas de la première classe, point de difficulté, tout le monde reconnaît l'imprescriptibilité de l'exception. On a coutume de rattacher les cas de la deuxième classe à la question traitée plus haut, de l'effet de la prescription. La controverse porte donc uniquement sur les cas de la seconde classe, qui sont d'ail-

leurs les plus ordinaires et les plus importants.

Sur cette question, la majorité des auteurs a, dans les temps modernes, soutenu les vrais principes (*n*). L'opinion contraire était autrefois dominante, et de nos jours encore elle a trouvé des partisans (*o*).

Jusqu'à présent la jurisprudence des tribunaux a varié comme les doctrines des auteurs (*p*); elle n'est donc fixée dans aucun sens.

(*n*) Claproth, de rebus meræ facultatis. Götting., 1752, § 2-7 (où la question est très-bien traitée); Weber, Beiträge, von Klagen, p. 6-14; Glück, vol. XX, p. 161, 162; Mühlenbruch, II, § 481; Göschen, p. 471. Je puis citer encore Büchel, Erörterungen, Heft, I, p. 8-21, qui ne diffère que par la manière de motiver son opinion. Ainsi il attache une grande importance à ce que l'action et l'exception ont un objet juridique différent. J'ai aussi reconnu plus haut cette différence; mais je ne la regarde pas comme la raison déterminante.

(*o*) Les anciens auteurs sont cités dans Claproth, l. c., § 2, note 2. — Les auteurs modernes sont : Rave, § 165; Unterholzner, II, § 156-160; Pffeifer, praktische Ausfuhrungen, vol. III, p. 73-82. — Ici encore, Thibaut a soutenu successivement diverses opinions, ce qui tient à l'incertitude de ses doctrines sur les effets de la prescription (§ 248, *n*). Verjährung, p. 150, 151. Pandekten, 7[e] éd., § 1062, 8[e] éd., § 1025.

(*p*) Le tribunal suprême de Berlin s'est prononcé pour la bonne doctrine (tant d'après le droit commun que d'après le droit prussien) : Simon und Strampff, Entscheidungen des Obertribunals, vol. I, Berlin, 1837, p. 120, 136. — L'opinion contraire a été adoptée par le tribunal supérieur d'appel de Cassel : Pfeiffer *passim*, où, néanmoins, on réunit deux choses très-différentes, la prescription des exceptions et celle de la restitution.

Parmi les législations modernes, je n'en connais aucune qui se soit occupée de notre question. Elle doit donc être partout décidée d'après les principes établis comme vrais en droit commun.

APPENDICE XII.

QUANTI RES EST.

(§ CCXVI, note *u.*) (*)

I.

L'objet d'un très-grand nombre d'actions est exprimé par les mots : *quanti res est;* aussi ces mots étaient-ils ordinairement placés dans la *condemnatio*, c'est-à-dire dans la dernière partie de la *formula* de l'ancienne procédure romaine. Ces mots se retrouvent encore dans une foule de stipulations, d'où ils passaient dans la *condemnatio* quand l'action était intentée. Quelle est maintenant leur signification?

Il y a peu de mots dans la langue latine susceptibles de recevoir autant d'acceptions différentes que le mot *res,* et cette circonstance répand des doutes sur la solution de la question proposée. En effet, comme *res* désigne tantôt un objet matériel et visible, tantôt une affaire, un ensemble de circonstances, les mots cités sont susceptibles de deux interprétations différentes. Ainsi ils peuvent signifier : d'abord, l'équivalent du prix de la chose litigieuse (sa valeur vénale);

(*) On pourrait croire que la réfutation d'une erreur touchant la *formula in factum concepta* n'offre pas assez d'intérêt pour motiver la présente recherche. Mais le sens de l'expression *quanti res est* a beaucoup d'importance quand il s'agit de déterminer la nature et les effets de plusieurs actions; cette recherche, qui eût été indispensable ailleurs, ne se trouve donc placée ici que par une circonstance accidentelle.

ensuite, l'importance du litige pour le titulaire du droit, ou le dommage que lui cause la violation (l'intérêt).

Dans beaucoup de cas, la valeur vénale est précisément égale à l'intérêt. — Dans d'autres cas, l'intérêt est de beaucoup supérieur à la valeur vénale. Quand je loue un cheval valant 100 écus, et qu'ensuite je le vends à un tiers sous la clause pénale de 150 écus dans le cas où je ne le livrerais pas, si le locataire se laisse voler le cheval et me met ainsi dans l'impossibilité d'exécuter le contrat de vente, l'indemnité que me doit le locataire est de 150 écus, et par conséquent elle excède la valeur vénale (*a*). — Celui au contraire qui refuse injustement l'exhibition d'une chose, doit une indemnité pécuniaire pour le dommage résultant du défaut d'exhibition, et souvent ces dommages-intérêts sont bien au-dessous de la valeur vénale (*b*). De même la *condictio furtiva* a pour objet la réparation du dommage que cause le vol à la personne volée. Si donc le demandeur était propriétaire de la chose, l'indemnité égale au moins et peut-être dépasse la valeur vénale (*c*); si au contraire il ne possédait la chose qu'à titre de gage, ou s'il n'en avait que l'usufruit, ou l'usage, l'intérêt est toujours inférieur, et souvent bien inférieur à la valeur vénale (*d*). — Déjà les anciens jurisconsultes reconnaissaient expressément les différences que je viens de signaler. (Num III).

II.

L'interprétation de valeur vénale est la plus littérale; celle d'intérêt se rapproche davantage du sens et de la nature

(*a*) Un cas semblable, seulement à l'occasion de la *furti actio*, est mentionné dans la L. 67, § 1 de furtis (XLVII, 2). *Voyez plus bas*, num. V, *c*.

(*b*) L. 9, § 8, ad exhib. (X, 4).

(*c*) L. 3, de cond. furt. (XIII, 1).

(*d*) L. 12, § 2, de cond. furt. (XIII, 1), L. 22, § 2, de pign. act. (XIII, 7).

intime des rapports de droit. D'après cela, nous pouvons croire en général que la première est la plus ancienne, et que la seconde n'a été dominante que plus tard.

Cette supposition se trouve complétement justifiée pour l'*actio legis Aquiliæ*. Les deux chapitres de cette loi, conservés dans les recueils de Justinien, renferment ces expressions : *quanti id fuit*, *quanti ea res erit* (*a*). Dans l'origine elles s'appliquaient uniquement à la valeur vénale; plus tard, tout en reconnaissant que la loi n'avait pas d'autre objet, on étendit par voie d'interprétation le contenu de l'action à toute espèce d'intérêt constaté, même au delà de la valeur vénale (*b*), et cette extension est représentée comme le nouveau droit en vigueur (*c*).

III.

Dans l'interdit *uti possidetis;* le préteur avait employé les mots : *quanti res erit* (*a*). Le jurisconsulte Servius les appliquait, d'après leur sens littéral, à la valeur vénale; mais Ulpien condamne formellement cette interprétation, dans un texte remarquable que voici tout entier :

L. 3, § 11, uti poss. (XLIII, 17).

In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius æstimationem.

(*a*) L. 2, pr., L. 27, § 5, ad L. Aquil. (IX, 2).

(*b*) § 10, J. de L. Aquilia (IV, 3). « Illud *non ex verbis legis, sed ex interpretatione* placuit, non solum perempti corporis æstimationem habendam esse, sed eo amplius, quidquid præterea, perempto eo corpore, damni vobis allatum fuerit. » rel.

(*c*) L. 21, § 2, ad L. Aquil. (IX, 2). « Sed utrum corpus ejus solum æstimamus quanti fuerit, cum occideretur, an potius, quanti interfuit nostra non esse occisum? Et *hoc jure utimur*, ut ejus quod interest fiat æstimatio. » Le calcul artificiel prescrit par cette loi se rapporte uniquement à la valeur de la chose, et non aux dommages-intérêts. L. 23, § 6, eod.

(*a*) L. 1, pr. uti poss. (XLIII, 17).

D'après le texte de l'interdit, nous dit Ulpien, l'objet de la condamnation est la valeur vénale. *Quanti res erit*, sic accipimus ; quanti uniuscujusque interest, possessionem retinere.

Mais nous ne prenons pas les termes du préteur dans leur sens littéral, et par là nous entendons l'intérêt que la conservation de la *possession* a pour le demandeur.

Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem æstimandam, quanti *ipsa res est*.

Servius prenant ces mots dans leur sens littéral, entendait la valeur de la chose elle-même.

Sed hoc nequaquam opinandum est : longe enim aliud est *rei* pretium, aliud *possessionis*.

IV.

L'interdit *de vi* reçut la même interprétation ; et le texte de Paul qui s'y rapporte est encore plus explicite, quant aux résultats pratiques, que le texte d'Ulpien rapporté ci-dessus.

L. 6 de vi (XLIII, 16).

In interdictis unde vi tanti condemnatio facienda est, *quanti intersit possidere : et hoc jure nos uti* Pomponius scribit, id est, *tanti rem* videri, quanti actoris intersit : quod alias minus esse, alias plus : nam sæpe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est : veluti cum quæstionis habendæ, aut rei probandæ gratia aut hereditatis adeundæ, intersit ejus eum possideri.

Dans le fragment de l'édit qui nous a été conservé (*a*) on ne trouve pas à la vérité les mots *quanti res est ;* mais la preuve qu'ils étaient dans l'édit résulte de ces expressions de notre texte : *tanti rem videri*, qui donnent évidemment

(*a*) L. 1, pr. de vi (XLIII, 16).

l'interprétation de ces mots de l'édit *quanti res est*. — Paul ne parle pas expressément d'une autre interprétation plus littérale, mais il y fait allusion par ses mots : *hoc jure nos uti* (Num, II, *c*); car ici le point capital est la reconnaissance pratique du principe, et il invoque pour l'établir le témoignage de Pomponius.

V.

Pour la *furti actio*, il y a plus de difficultés et plus de controverses. Ici l'on exige, à titre de peine, tantôt le double, tantôt le triple, tantôt le quadruple de la valeur, et l'on demande quelle est le *simplum* formant la base de ces multiplications. Comme elle dérive de la loi des XII Tables, son application a vraisemblablement suivi la même marche que celle de l'*actio legis Aquiliæ*. (Num. II.)

Ici encore les mots *quanti res est* se trouvaient, soit dans les XII Tables, soit dans l'édit du préteur relatif à l'*actio furti manifesti*, soit dans la formule de l'action, et cela est établi d'une manière presque certaine par le texte suivant de Javolenus :

L. 9, de in litem jur. (XII, 3).

Cum furti agitur, jurare ita oportet, *tanti rem fuisse*, cum furtum factum sit.

Ces mots n'ont de sens que si on les rapporte au *quanti res est* exprimé dans la loi ou dans l'édit, et qu'il s'agissait d'appliquer à l'espèce particulière en déférant le serment.

Par rapport au sens pratique de ces expressions, nous avons divers textes à examiner. D'abord il faut distinguer si la personne volée qui intente l'action, avait la propriété de la chose, ou simplement un *jus in re* sur cette chose. Dans ce dernier cas, le *simplum* est évidemment l'intérêt du demandeur, ici toujours inférieur à la valeur vénale (*a*). Dans

(*a*) L. 80, § 1, de furtis (XLVII, 2), de Papinien : «... Quia itaque tunc,

le premier cas, au contraire, où la personne volée est propriétaire de la chose et intente l'action, on peut se demander si le *simplum* est la valeur vénale, ou l'intérêt tantôt plus élevé, tantôt moindre que cette valeur. Ici encore, d'après les vrais principes, il faut entendre l'intérêt.

Je rapporterai d'abord plusieurs décisions particulières dont le sens est toujours moins douteux que celui des règles abstraites.

Quand on vole à un créancier ses titres de créance, quelques-uns croyaient que le *simplum* se réduisait à la valeur insignifiante des tables de bois enduites de cire; mais Paul admet comme *simplum* l'intérêt du créancier, qui, suivant les circonstances, peut être égal à la somme portée dans les titres (*b*).

Quand la personne volée avait promis, sous une peine conventionnelle, de livrer la chose à un tiers à une époque déterminée, et que le vol rendant la livraison impossible l'oblige de payer la peine, cette peine se rattache certainement non à la valeur vénale, mais à l'intérêt; néanmoins elle est d'après Celsus comprise dans le *simplum* (*c*).

Quand un esclave volé était institué héritier, et que ce vol enlevait à son maître l'héritage, la valeur de cet héritage était comprise dans le *simplum*, et dès à présent j'observe que cette décision est d'Ulpien (*d*).

VI.

Je passe maintenant aux textes qui contiennent des règles

sola utilitas æstimationem facit, cum cessante dominio furti actio nascitur, in istis causis ad æstimationem corporis furti actio referri non potest. »

(*b*) L. 32, pr. § 1, de furtis (XLVII, 2). Cf. L. 10, § 3, de edendo (II, 13).

(*c*) L. 67, § 1, de furtis (XLVII, 2). « Si tibi subreptum est, quod nisi die certa dedisses, pœnam promisisti, ideoque suffere eam necesse fuit, furti actione hoc quoque coæstimabitur. »

(*d*) L. 52, § 28, de furtis (XLVII, 2).

abstraites sur la question, et je commence par le texte suivant de Papinien.

L. 80, § 1, de furtis (XLVII, 2).

Cum autem jure dominii defertur furti actio, quamvis non alias nisi nostra intersit competat (*a*) : tamen ad æstimationem corporis, si nihil amplius intersit, utilitas mea referenda est.

Au premier aspect, les mots : si nihil amplius intersit, semblent décisifs, et ils paraissent signifier : Le *simplum* consiste toujours au moins dans la valeur vénale, quelquefois aussi dans une somme plus forte, si on peut établir un intérêt supérieur indépendant de la valeur vénale (si nihil *amplius* intersit). — Mais d'après l'ensemble du texte, le *amplius* s'applique non à *l'extension* de l'objet, mais à sa durée dans le temps (*b*) ; de sorte qu'on doit plutôt entendre : Quand l'intérêt existant à l'époque du vol disparaît ensuite complétement, il ne reste à admettre comme *simplum* que la valeur vénale, puisqu'il n'y a plus d'autre intérêt susceptible d'appréciation. — Cela est expliqué et confirmé par les mots qui suivent :

Idque et in statuliberis et in legato sub condictione relicto probatur. Alioquin diversum probantibus statui facile quantitas non potest (*c*).

Quant l'esclave volé à un héritier était affranchi ou légué à un tier sous condition, l'intérêt était inférieur à la valeur vénale, puisque la condition rendait incertaine la propriété de l'esclave. Si à l'époque ou l'action est exercée, la condi-

(*a*) Cela signifie : Si, à l'époque où le vol a été commis, le propriétaire était sans intérêt; si, par exemple, la chose était louée, et que le locataire dont la négligence a occasionné le vol, était responsable de la perte, le propriétaire n'a point l'action. § 13, 15, J, de obl. quæ ex del. (IV, 1).

(*b*) Cf. Schulting, Notæ in Di., L. 50, pr. de furtis (XLVII, 2).

(*c*) Vient ensuite la dernière partie du texte, transcrite plus haut, num. V, *a*.

tion est encore en suspens, pour apprécier l'intérêt comme *simplum*, on cherche combien on vendrait l'esclave avec les chances de la condition ; ce prix représente le dommage causé par le vol, et en conséquence le *simplum* de l'action (*d*). Si au contraire la condition est déjà accomplie, et la propriété de l'esclave perdue pour le demandeur, le calcul précédent est impossible, et il ne reste plus à prendre pour base que la valeur vénale, sans égard à la condition.

Ainsi donc, quoique ces mots : si nihil *amplius* intersit, ne décident pas la question, l'ensemble du texte ne laisse du moins aucun doute. Ces mots : ad æstimationem corporis ... *utilitas mea* referenda est, sont tout à fait décisifs. Papinien veut donc dire : Le véritable *simplum* consiste toujours dans l'*utilitas* de la personne volée, c'est-à-dire dans son intérêt (*e*); et si cet intérêt est ici identique à la valeur vénale cela tient aux circonstances particulières de l'espèce. Cette interprétation est pleinement confirmée par la fin du texte, où Papinien dit qu'il admettrait un intérêt différent de la valeur vénale, s'il était posssible d'en établir un.

VII.

Voici un texte d'Ulpien qui offre plus d'incertitude, et

(*d*) Cette marche est formellement indiquée par Ulpien dans la L. 52, § 29, de furtis (XLVII, 2). « Pendente autem condictione (c'est-à-dire ai agatur), tanti æstimandus est, *quanti emptorem potest invenire.* » Le cas précédent dont parle Ulpien est celui d'un *statuliber* enlevé avant l'adition d'hérédité, et aussi avant l'accomplissement de la condition. Car il ne peut y avoir de vol commis contre la succession, et, au moment de l'adition d'hérédité, l'esclave ne faisait plus partie de la succession. Si, au contraire, la condition était pendante à l'époque de l'adition d'hérédité, le *furtum* aurait été commis contre l'héritier, le voleur continuant à détenir la chose.

(*e*) *Utilitas* est le mot technique pour désigner l'intérêt. Cf. L. 21, § 3 de act. emti (XIX, 1), et plusieurs autres textes.

qui de tout temps a fait naître les opinions les plus diverses sur la question qui nous occupe.

L. 50, pr. de furtis (XLVII, 2).

In furti actione non, quod interest, quadruplabitur, vel duplabitur, sed rei verum pretium. Sed et si res rebus humanis esse desierit cum judicatur, nihilominus condemnatio facienda est, idemque etsi nunc deterior sit, æstimatione relata in id tempus, quo furtum factum est. Quod si pretiosior facta sit, ejus duplum quanti tunc, cum pretiosior facta sit, fuerit, æstimabitur : quia et tunc furtum ejus factum esse verius est.

Ce texte semble précisément prendre pour *simplum* non l'intérêt, mais la valeur vénale, ce qui le met en contradiction avec tous les textes cités précédemment. Aussi a-t-on souvent prétendu qu'il y avait eu sur ce point controverse entre les anciens jurisconsultes, et l'on pourrait vouloir la rattacher au développement probable de la règle du droit (Num. V). Néanmoins cette opinion doit être complétement rejetée, car, dans une des décisions particulières les plus précises (Num. V. *d*), le même Ulpien reconnaît l'intérêt comme *simplum*.

Si l'on examine les applications particulières que contient notre texte, voici évidemment la pensée d'Ulpien. Si la valeur que l'on pouvait réclamer à l'époque du vol est par la suite diminuée ou tout à fait anéantie, la somme à fixer par le jugement ne doit pas être moindre; si cette valeur a augmenté, la somme doit être plus forte. Le contraste porte donc sur les différentes époques où peut se faire l'estimation, non sur la différence entre la valeur vénale et l'intérêt; et si les expressions d'Ulpien semblent plutôt désigner ce dernier contraste, ces expressions sont mal choisies. Voici à peu près l'enchaînement d'idées qui pourrait expliquer et confirmer cette inexactitude dans les termes. Ulpien avait en vue un cas où, comme il arrive le plus

souvent, l'intérêt était identique à la valeur vénale, mais où un changement survenu à la chose avait diminué sa valeur, je suppose de 100 à 60. Maintenant Ulpien exprime son opinion de la manière suivante : Une chose valant 100 a été volée, dès lors le *simplum* est 100, quoique l'intérêt actuel du demandeur (au moment où l'action est intentée) soit seulement de 60, et que ses biens ne seraient réellement diminués que de cette dernière somme, si la chose ne lui eût pas été volée.

VIII.

Dans beaucoup d'autres cas spéciaux, *quanti res est* équivaut sans aucun doute à *quanti interest*. Ainsi ces mots se trouvaient dans la formule de la condamnation de la *doli actio* (*a*); et ils désignaient si bien l'intérêt, qu'en pareil cas on déférait le serment *in litem*, et ce serment impliquait l'appréciation de l'intérêt la plus étendue (*b*).

Il en était de même pour les stipulations prétoriennes, dont la formule contenait les mots *quanti res est*, et dont l'action avait pour objet l'indemnité la plus complète (*c*).

IX

Mais voici une règle générale plus importante et plus décisive que ces dispositions particulières. Toutes les actions *in rem et in personam*, comme aussi les interdits ayant pour

(*a*) L. 17, pr. L. 18, pr. de dolo (IV, 3).

(*b*) L. 18, pr. § 1, 4, de dolo (IV, 3).

(*c*) L. 11, de stipul. prætor. (XLVI, 5), L. 3, pr. L. 8, § 2, ratam rem (XLVI, 8). — Pour les stipulations libres, le *quanti res est* équivaut aussi à *quanti interest*. L. 38, § 2, de V. O. (XLV, 1), rapprochée de la L. 81, pr. eod.

objet la restitution d'une chose, portent dans la formule de leur condamnation les mots *quanti res est*, et toujours ces mots désignent précisément l'intérêt que la restitution de la chose a pour le demandeur (*a*). Là nous trouvons la confirmation directe de l'assertion qui a donné lieu à la présente recherche, savoir : que le *judex* avait une entière latitude pour évaluer et fixer l'intérêt, soit que la formule fût *in factum concepta* ou *in jus concepta* (*b*).

X.

Je dois cependant mentionner certains cas où on s'éloigne, au fond et dans les termes, des règles que je viens d'exposer. Ces cas attentivement examinés ne sauraient rendre douteuse la vérité des principes généraux.

C'est au sujet de l'*actio ad exhibendum* que nous voyons la phraséologie régulière formellement abandonnée. L'objet de cette action est l'intérêt qu'a le demandeur à la représentation de la chose et non la valeur vénale; or, nous voyons ce contraste exprimé sous cette forme inusitée : L'action *n'a pas* pour objet le *quanti res est* (*a*). Ulpien est à la vérité l'auteur de ce texte; mais comme il cite Neratius, on peut regarder cette locution comme appartenant exclusivement à Neratius.

XI.

Certaines contraventions qui, pendant le cours d'un pro-

(*a*) L. 68, de rei vind. (VI, 1). « . . . non pluris quam quanti res est, *id est quanti adversarii interfuit,* condemnandus est. » — L. 71, eod. « qoanti res sit. »

(*b*) Voy. le traité, § 216, note *u*.

(*a*) L. 9, § 8, ad exhib. (X, 4) « Et ideo Neratius ait, *utilitatem actoris* venire in æstimationem, *non quanti res sit* : quæ utilitas, inquit, interdum minoris erit quam res. »

cès, pouvaient être commises contre l'autorité judiciaire, entraînaient une action pénale, dont l'objet était non l'intérêt, souvent très-minime, mais une peine pécuniaire égale à la valeur vénale de l'objet en litige. Ce contraste est ainsi exprimé : L'action *n'a pas* pour objet l'intérêt, *mais* le *quanti res est* (*a*). Cette locution diffère de celle ordinairement adoptée, mais elle en diffère moins qu'il ne semble au premier abord. En effet, la chose que l'on distingue de l'intérêt et que l'on désigne par *quanti res est* n'est pas, comme dans le cas précédent, la valeur vénale, mais bien l'objet du litige; de sorte que dans les deux cas le contraste porte sur des choses d'une nature toute différente.

XII.

L'*actio vi bonorum raptorum* a pour objet le quadruple de la valeur de la chose enlevée, y compris le *simplum*, c'est-à-dire le triple de la valeur à titre de peine. Ici l'on ne suit pas la même marche que pour la *furti actio* (Num. V-VII) car le *simplum* n'est plus l'intérêt du demandeur, mais la valeur vénale (*a*). Nous ignorons le motif de cette différence; mais elle n'a pas de rapport avec la phraséologie qui nous occupe, car nous ne voyons nulle part que les mots *quanti res est* aient été employés à propos de cette action.

Cette remarque s'applique aussi à l'*actio de rationibus distrahendis*, d'après laquelle le tuteur qui a détourné une chose appartenant à son pupille, doit rendre le double de sa valeur. Cette double valeur comprend le *simplum*; et le *sim-*

(*a*) L. 1, § 4, si quis jus dic. (II, 3.) « Hoc judicium non ad id quod interest, sed quanti ea res est, concluditur. » — L. 5, § 1, ne quis eum (II, 7). « quo non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore æstimata, de qua controversia est. »

(*a*) L. 2, § 13, vi boni rapt. (XLVII, 8.) « In hac actione intra annum utilem verum pretium rei quadruplatur, non etiam quod interest. »

plum n'est pas l'intérêt, mais la valeur vénale (*b*). Mais ici on connaît le motif de cette disposition spéciale. Le *duplum* n'était pas une peine véritable, mais l'estimation très-élevée d'un intérêt présumé, pour dispenser le pupille d'une preuve difficile à fournir. Par cela même le *simplum* ne pouvait être l'intérêt (*c*).

XIII.

Enfin plus la grande difficulté résulte de deux textes d'Ulpien, qui par leur généralité apparente semblent ébranler tous les principes établis jusqu'ici.

L. 179, de V. S. (L. 16). Ulp. lib 51 ad Sabinum.

Inter hæc verba, *quanti ea res erit*, vel *quanti eam rem esse paret*, nihil interest: in utraque enim clausula placet veram rei æstimationem fieri.

L. 193 eod. Ulp. lib. 38 ad Ed.

Hæc verba, *quanti eam rem paret esse*, non ad quod interest, sed ad rei æstimationem referuntur.

Il importe peu que ces textes parlent non du quanti res *est*, mais du quanti esse *paret*, car ils déclarent ces deux expressions synonymes, et ils disent que toutes deux désignent la valeur vénale et non l'intérêt. Les variantes *apparet* et *patet*, que l'on trouve fréquemment, ne nous sont non plus d'aucun secours.

Il ne nous reste donc plus qu'à recourir à ce principe, qu'en cas de collision entre des règles abstraites et des décisions concrètes, ces dernières expriment le véritable sens

(*b*) L. 1, § 20, de tutelæ (XXVII, 3). « Considerandum est in hac actione, utrum pretium rei tantum duplicetur, an etiam quod pupilli intersit? Et magis esse arbitror, in hac actione quod interest non venire, sed rei tantum æstimationem. »

(*c*) Voy. le traité, § 212, notes *k*, *l*, *m*, *n*.

du droit (*a*). Nous devons même faire un pas de plus, et nous avons moins à accuser Ulpien que les compilateurs. Si nous savions à quoi se rapportent ces textes dans l'ouvrage original, la contradiction disparaîtrait, car sans doute elle tient uniquement à l'apparence de généralité que leur isolement leur donne dans le Digeste. On peut tirer des inscriptions de ces deux textes quelques présomptions éloignées. La L. 179 cit. est tirée d'un livre d'Ulpien ad Sabinum, principalement relatif à la juridiction (*b*); peut-être notre texte s'appliquait-il à une action pénale prétorienne, touchant la violation de la juridiction, et nous savons que pour quelques actions de cette espèce on employait cette phraséologie exceptionnelle (Num. XI). — La L. 193 cit. est tirée d'un livre ad Edictum, qui traitait de certaines actions, la plupart très-anciennes, ayant de l'analogie avec la *furti actio* (*c*); or il se pourrait que pour l'une d'elles on eût employé l'expression *quanti res est* dans le sens inusité de la valeur vénale, de même que pour la *vi bonorum raptorum actio* on prenait comme *simplum* la valeur vénale et non l'intérêt (Num. XII).

Plusieurs me répondront que ces suppositions, en les admettant comme fondées, seraient stériles pour nous, puisque Justinien a donné à ces textes, par leur insertion dans le titre *de verborum significatione,* force de lois générales d'interprétation. Si loin que l'on veuille pousser l'obéissance à tous les fragments de la compilation, même à ceux évidemment erronés, l'obéissance n'aurait pas ici de résultat. Car pour tous les cas importants d'applications, nous avons touchant ces expressions, des règles spéciales d'interprétation toutes différentes (Num. II.-IX). Or ces règles spéciales, dans

(*a*) Voy. le Traité, vol. 1, § 44.
(*b*) Hommel, Palingenesia librorum juris, t. III, p. 588-589.
(*c*) Cf. les titres 4—7, au 47ᵉ livre du Digeste.

les cas auxquels elles se rapportent, doivent certainement l'emporter sur les règles générales.

APPENDICE XIII.

STRICTI JURIS, BONÆ FIDEI ACTIONES.

(§§ CCXVIII-CCXX).

I.

Je dois faire précéder la présente recherche sur cette division des actions, de quelques observations touchant sa dénomination.

Le nom de *bonæ fidei actio* se trouve fréquemment, et plus bas j'en montrerai l'origine.

Au contraire, le nom de *stricti juris actio* se rencontre rarement sous cette forme précise. Le seul texte bien authentique où il se trouve est celui des Institutes, qui contient le plus de détails sur la division des actions.

§ 28, J. de act. (IV, 6).

Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. Bonæ fidei sunt hæ : *rel.*

Un peu plus bas (§ 30, eod.) elles sont appelées *stricta judicia;* et dans une constitution de Justinien on dit au sujet d'une action : ex stipulatu actionem *stricto jure esse vallatam,* et non ex b. f. descendere (*a*). Marcien l'appelle actio

(*a*) L. un., § 2, C. de rei ux. act. (V, 13).

stricti judicii (*b*). Enfin, le texte suivant d'Ulpien renferme une leçon douteuse.

L. 3, § 2, commod. (XIII, 6).

In hac actione sicut in ceteris b. f. judiciis... rei judicandæ tempus... observatur : quamvis *in stricti*, litis contestatæ tempus spectetur.

Telle est la leçon du manuscrit de Florence, leçon évidemment vicieuse. Si l'on avait besoin d'une correction, la plus légère serait de substituer *in strictis* à *in stricti*; *judiciis* qu'on lit un peu plus haut se sous-entendrait naturellement, et *stricta judicia* est pleinement confirmé par le second texte des Institutes cité tout à l'heure. Mais la Vulgate nous donne une leçon plus complète encore : *in stricti juris judiciis* (*c*), et nous pouvons nous en tenir à son autorité. La leçon de Haloander, *in stricti juris* est satisfaisante en elle-même; mais nous ne savons pas s'il l'a trouvée dans des manuscrits, ou si ce n'est qu'une transaction superflue entre le manuscrit de Florence et la Vulgate.

Si cette expression technique est employée aussi rarement, c'est que, pour désigner la même classe d'actions, il en existe une autre, *condictio* (Appendice XIV). Celle-ci se trouve très-fréquemment, et l'on s'en sert toutes les fois que l'on n'a pas besoin, comme dans les textes cités plus haut, d'opposer directement l'une à l'autre ces deux espèces d'actions, et de les représenter comme membres d'une division.

II.

Pour traiter complétement ce sujet, nous avons deux questions à résoudre. Premièrement : Quelle est la signifi-

(*b*) L. 5, § 4, de in litem jur. (XII, 3).

(*c*) Telle est en effet la leçon des éditions suivantes du Dig. vetus : Venet. Jenson s. a.; Norimb., Koberger, 1483, Venet. 1484; et certainement aussi de plusieurs autres éditions.

cation pratique de cette distinction, et ainsi quel intérêt se rattache à la qualification d'une action comme *stricti juris* ou *bonæ fide i?* Deuxièmement : Quelles sont les limites de cette distinction, et ainsi quelles sont en général les actions de la première espèce, quelles sont les actions de la seconde?

La question de la valeur pratique de cette distinction nous reporte au contraste beaucoup plus général des actions rigoureuses et des actions libres (Traité, § 218), qui nous apparaît ici dans une de ses applications particulières. Mais cette application, plus fréquente et plus importante que toutes les autres, a été aussi développée plus soigneusement.

Le signe distinctif de ces deux espèces d'actions est en général la plus grande latitude laissée au juge appelé à prononcer sur une *b. f. actio* (*a*); ce que l'on désigne ordinairement par l'expression de *officium judicis*. Mais il ne s'agit pas ici de l'intérêt exclusif, soit du demandeur, soit du défendeur, et l'on ne doit par croire que l'une ou l'autre espèce d'action ait été introduite pour favoriser une seule des parties. Cette latitude laissée au juge profite tantôt au demandeur, tantôt au défendeur : cela dépend des circonstances (*b*).

(*a*) L. 7, de neg. gestis (III, 5). « quia tantundem in b. f. judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio. »

(*b*) Dans toute *b. f. actio*, le juge doit exiger des cautions pour l'exécution des obligations même éventuelles, et cela dans l'intérêt de chacune des parties. L. 38, pr. pro socio (XVII, 2), L. 41, de jud. (V. 1.) — Sénèque dit bien que pour une réclamation fondée, le *judicium* favorise le demandeur (Traité, § 218, *d*); mais cela doit s'entendre de l'usage plus restreint des exceptions dans la *str. j. actio*, et aussi des abus que l'on peut faire d'une prétendue équité dans les *b. f. actiones*.

III.

Le demandeur profitait de la latitude laissée au juge, en ce que celui-ci, s'il s'agissait d'un contrat, devait prendre en considération, non-seulement toutes les clauses exprimées, mais encore toutes celles usitées dans les contrats du même genre, et que l'on suppose ainsi consenties tacitement par les parties (*a*).

L'application la plus importante de ce principe est que le juge doit prononcer non-seulement sur l'objet primitif de l'obligation, mais sur toutes les extensions dont il est susceptible (*omnis causa*). Notamment, s'il s'agit d'une dette, il doit ordonner le payement des intérêts à partir de la réclamation faite au débiteur par le créancier (*b*), ce qui n'avait pas lieu pour les *stricti juris actiones* (*c*). L'instance une fois engagée, c'est-à-dire à partir de la *litiscontestatio*, les deux espèces d'actions sont mises à peu près sur la même ligne ; de sorte que le juge doit toujours prononcer sur la *omnis causa* (*d*) ; néanmoins, dans les *str. j. actiones*, cet effet

(*a*) L. 31, § 20, de æd. ed. (XXI, 1.) « . . . ea enim, quæ sunt moris et consuetudinis, in bonæ fidei judiciis debent venire. »

(*b*) L. 32, § 2, de usuris (XII, 1). « In bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debentur. » L. 24, dépos. (XVI, 3.) « Et est quidem constitutum, in bonæ fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantudem possit officium arbitri, quantum stipulatio. » D'après cela, il ne faudrait pas croire que les empereurs aient introduit ce principe : les rescrits impériaux ne faisaient que le reconnaître et le confirmer.

(*c*) Cela ressort déjà des textes cités, note *b*, qui établissent le contraire pour les *b. f. actiones*. L'obligation des intérêts est aussi expressément déniée pour plusieurs *str. j. actiones*. L. 24, depos. (XVI, 3), pour le prêt d'argent, L. 1, C. de cond. ind. (IV, 5), pour la *condictio indebiti*.

(*d*) L. 2, L. 3, § 1, L. 10, L. 38, § 7, de usuris (XXII, 1), L. 31, pr. de reb. cred. (XII, 1), L. 51, pr. fam. herc. (X, 2), L. 91, § 7, de leg. 1 (XXX, un.), L. 8, de re jud. (XLII, 1), L. 35, de V. S. (L. 16).

de la *litiscontestatio* ne s'étend pas au payement des intérêts (*e*).

Ainsi encore, dans la *b. f. actio*, le juge pouvait prendre en considération toute espèce d'intérêt du demandeur, même celui fondé sur des rapports purement individuels (la valeur d'affection) (*f*) ; dans la *str. j. actio*, on n'avait pas égard à cet intérêt (*g*).

IV.

D'un autre côté, la latitude des pouvoirs du juge pouvait être très-avantageuse au défendeur.

Quand la réclamation du demandeur pouvait être repoussée par une exception ou réduite à une somme moindre, dans la *str. j. actio*, le juge ne pouvait accueillir l'exception que si le prêteur l'avait exprimée dans la *formula*. Cette restriction n'existait pas pour la *b. f. actio* ; le juge pouvait et devait avoir égard à l'exception, lors même que le défendeur ne l'aurait connue que depuis l'instance : si, par exemple, il avait découvert la fraude pratiquée par son adversaire (*a*). — Une application importante de ce principe

(*e*) Cela ressort clairement de Gajus, IV, § 52, et de la L. 23, C. de usuris (IV, 32). Cf. Madai Mora, p. 369, Liebe Stipulation, p. 52. — Mais le demandeur qui réclamait un prêt d'argent n'avait point à en souffrir, car la *sponsio tertiæ partis* garantissait ses intérêts.

(*f*) L. 54, pr. mand. (XVII, 1.) « . . . placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonæ fidei judiciis habendam. »

(*g*) Ce principe ressort clairement de la règle contraire exprimée pour les *b. f. judicia* (note *f*). Il est en outre établi d'une manière directe dans le texte suivant. L. 33, ad. L. Aquil. (IX, 2.). « Si servum meum occidisti, non affectiones æstimandas esse puto. . . . sed quanti omnibus valeret. S. quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. » Sans doute, on ne doit pas donner à l'*actio L. Aquiliæ* le nom de *stricti juris actio ;* mais elle n'en était pas moins une action rigoureuse, et le juge devait suivre la même règle que pour les actions appelées *stricti juris*. C'est ce que je developperai plus bas.

(*a*) L. 3, de rescind. vend. (XVIII, 5.) « . . . bonæ fidei judicio excep-

était, pour les *b. f. actiones*, l'admission de la compensation lors même qu'elle n'était pas mentionnée par la *formula* (*b*). Anciennement, elle ne pouvait jamais être invoquée dans une *str. j. actio*. Marc-Aurèle permit de l'insérer comme exception dans la *formula;* Justinien l'étendit à toute espèce d'actions (*c*). — Voici une autre application de ce principe. Dans la *str. j. actio*, une réclamation contraire aux mœurs ne pouvait être repoussée que par une exception accordée expressément (*d*) ; dans la *b. f. actio*, une semblable récla-

tiones pacti insunt. » L. 21, sol. matr. (XXIV, 3.) « . . . cum enim doli exceptio insit de dote actioni, ut in cæteris bonæ fidei judiciis. . . » L. 84, § 5, de leg. 1 (XXX. un.) « . . . . quia hoc judicium fidei bonæ est, et continet in se doli mali exceptionem. » Cette règle est exposée de la manière la plus complète dans la L. 7, § 5, 6, de pactis (II, 14). A la vérité, ces textes ne parlent que de la *doli* et de la *pacti exceptio*, d'où l'on pourrait croire qu'il faut restreindre la règle aux exceptions dérivant du *jus gentium*, et exclure celles dont l'origine est plus positive, telles que la *rei judicatæ*, *sc. Vellejani exceptio*, etc. Mais cette restriction contredirait une autre règle, celle qui déclare que *toute* exception contient en soi la *doli exceptio;* car du moins le demandeur « nunc petendo facit dolose. » L. 2, § 5, de doli exc. (XLIV, 4). Cf. L. 36, de V. O. (XLV, 1). Voilà ce qu'exprime la formule de la doli exceptio : si in ea re nihil dolo malo factum sit, *neque fiat*. Gajus IV, § 119. On peut donc résumer ainsi l'enchainement complet des idées : D'après les mots *ex fide bona*, l'*arbiter* devait prendre en considération la *doli exceptio;* pour embrasser toutes les autres exceptions, on établit comme règle que l'action même constituait un *dolus*, si elle était exercée au mépris d'une exception.

(*b*) Gajus, IV, § 61, 63, § 30, J. de act. (IV, 6), l. 18, 4 commod. (XIII, 6). — Néanmoins, ce n'est pas là un simple développement de la règle de procédure dont je viens de parler ; ici se montre un nouveau principe de droit dont l'établissement a été progressif. Ainsi, du temps de Gajus, la compensation s'opérait seulement *ex eadem causa*, c'est-à-dire d'une manière très-restreinte ; or, cette restriction n'existe certainement pas en droit Justinien. Cf. vol. I, § 45, d.

(*c*) § 3, J. de act. (IV, 6,)

(*d*) L. 8, de cond. ob turpem (XII, 5). « Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis, si petat, exceptione doli mali, vel in factum summovere eum possis. . . »

mation ne pouvait jamais être accueillie par le juge (*e*). — De même, le droit de rétention n'est qu'une simple application de la *doli exceptio,* et dès lors, pour opposer le droit de rétention à la *rei uxoriæ actio,* il n'y avait pas besoin d'une injonction expresse du préteur.

Si l'action reposait sur une *culpa* commise par le défendeur, la *b. f. actio* admettait cet adoucissement, que l'on envisageait l'acte juridique comme ne procurant aucun avantage au défendeur (*f*).

V.

Cette extension des pouvoirs du *judex* que je donne ici comme le signe caractéristique de la *b. f. actio,* n'a pas partout la même nature. Dans la plupart des cas, elle se rapporte aux droits certains des parties, que le préteur ne pouvoit modifier : tels sont les intérêts moratoires (III, *b*), l'appréciation plus indulgente de la *culpa* (IV *f*). Dans un cas au contraire (IV *a*), elle se rapporte uniquement à la position du *judex* vis-à-vis du préteur, c'est-à-dire à l'observation plus ou moins littérale de la *formula* qui servait de règle au *judex.*

Mais ici, comme en général pour les actions rigoureuses ou libres (Traité, § 218), cette restriction ou cette extension de pouvoirs correspondait à la qualité du juge ; ainsi, pour la *str. j. actio,* il devait être pris sur l'*album* des *judices,* limitation qui n'existait pas pour l'*arbiter* dans la *b. f.*

(*e*) L. 5, de usuris (XXII, 1). « Generaliter observari convenit, bonæ fidei judicia non recipere præstationem quæ contra bonos mores desideretur. »

(*f*) L. 108, § 12, de leg. 1 (XXX, un.) « . . . sicut in contractibus fidei bonæ servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo præstetur. » Cf. L. 5, § 2, commod. (XIII, 6).

actio. Évidemment il y avait une plus grande confiance accordée à l'*arbiter* de la *b.f. actio.* Mais on ne doit pas croire que cette confiance reposât sur une présomption de supériorité de mérite dans la personne de l'*arbiter,* car il serait absurde de suspecter la capacité ou la moralité d'un juge, uniquement parce que son nom est inscrit sur l'*album* des *judices.* Cette confiance semble plutôt résulter de ce que les parties avaient une influence plus directe et plus positive sur la nomination de l'*arbiter* que sur la nomination du *judex* d'une *str. j. actio;* ainsi l'*arbiter* pouvant être regardé comme l'homme de leur choix, l'extension de ses pouvoirs ne devait pas leur inspirer d'inquiétude (Traité, § 208, *f*).

VI.

Je passe à la seconde question posée plus haut (num. II) : Quelles sont les actions que l'on doit ranger dans l'une ou l'autre de ces deux classes.

L'erreur fondamentale qui jusqu'ici a empêché de saisir les vrais principes de la matière est que l'on a regardé cette division comme une division générale, embrassant toutes les actions, tandis qu'elle porte uniquement sur les actions d'une classe spéciale et très-limitée (Traité, § 218). Ainsi cette division s'applique :

1) Seulement aux *ordinaria judicia;*

2) Parmi ceux-ci, seulement aux actions civiles;

3) Parmi celles-ci, aux actions *in personam;*

4) Parmi ces dernières, seulement aux actions fondées sur des contrats ou des quasi-contrats (§ 218, *i*) ; en d'autres termes, aux actions résultant des actes juridiques, et non des délits.

Les premiers mots du texte des Institutes indiquent déjà une restriction dans leur objet :

§ 28, J. de act. (IV, 6) : « Actionum autem *quædam* bonæ

fidei sunt, *quædam* stricti juris...., surtout si on le rapproche d'un des textes qui précèdent :

§ 1. J. eod. « *Omnium actionum,* quibus inter aliquos de quacumque re quæritur, *summa divisio* in duo genera deducitur : aut enim in rem sunt, aut in personam. »

Il s'agit d'établir la preuve de ce que j'avance pour les différentes classes d'actions qui, suivant moi, doivent être entièrement exclues de cette division ; je vais les énumérer.

D'abord sont exclues les actions civiles résultant de délits, actions en général peu nombreuses, et notamment la *furti* et *L. Aquiliæ actio.* Elles ne figurent pas sur la liste des *bonæ fidei actiones*, et l'on verra que le nom de *stricti juris actiones*, ne leur appartient pas davantage, quand je traiterai des condictions.

Ensuite sont exclues toutes les *in rem actiones.* Cela résulte des textes suivants :

a) L. 5, pr. § 4, de in litem jur. (XII, 3).

« In actionibus *in rem*, et in ab exhibendum, *et in bonæ fidei judiciis*, in litem juratur ... Plane interdum *et in actione stricti judicii* in litem jurandum est. »

Ici évidemment toutes les *in rem actiones* sont opposées tant aux *b. f.* qu'aux *str. j. actiones*, et plus ou moins assimilées les unes aux autres, seulement par rapport au serment.

b) § 30. J. de act. (IV, 6). Voici l'enchaînement des idées. La compensation ne fut d'abord admise que dans les *b. f. judicia*, mais sans exception. Plus tard, Marc-Aurèle l'étendit aux *stricta judicia* au moyen de la *doli exceptio.* Enfin, Justinien rendit son application presque générale :

« Ut actiones ipso jure minuant *sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque :* excepta sola depositi actione. » — Le sens de ce texte doit être ainsi complété : Anciennement étaient exclues de la compensation toutes les *in rem actiones*, et peut-être beaucoup d'autres encore. Maintenant la compensation s'applique d'une manière générale

aux actions tant *in rem* que *in personam*, comme aussi à toutes les actions anciennement exclues.

c) § 31. J. de act. (IV, 6). Après avoir défini l'*arbitraria actio*, le texte continue ainsi : « Sed *istæ quidem actiones*, tam in rem, quam in personam inveniuntur, » ce qui se réfère evidemment aux *b. f.* et *str. j. actiones*, dont on vient de parler, et parmi lesquelles ne se trouvent aucunes *in rem actiones*.

Sont encore exclues toutes les actions prétoriennes. En effet, ce qui caractérise la *b. f. actio*, c'est l'insertion dans l'*intentio* des mots *ex fide bona* ; or, dans l'*intentio in jus concepta*, ces mots servaient à adoucir la rigueur du dare facere *oportet* ; mais ils eussent été vides de sens dans une *intentio in factum concepta*, comme l'était celle de toutes les actions prétoriennes sans exception (*a*). Ici l'on pourrait m'objecter un texte du Digeste, où à propos d'une action prétorienne, et par conséquent *in factum*, on dit qu'il est permis de faire *mention* de la *bona fides* (*b*). Mais cette men-

(*a*) Cela ressort clairement de la double formule de la *depositi actio*, dans Gajus, IV, § 47. La formule *in jus* est ainsi conçue : « Quidquid dare facere *oportet ex fide bona*, » et ici l'addition est nécessaire pour modifier le *oportet*, qui autrement eût été illimité. Dans la formule *in factum* : « Si paret Agerium mensam argenteam deposuisse, » l'addition *ex fide bona* n'aurait pas eu de sens, puisqu'il s'agit d'un simple fait, et aussi n'est-elle point exprimée. Ces deux formules ne mettent aucune différence dans les pouvoirs du juge ; seulement, le mot dangereux *oportere* exigeait une rédaction particulière. Or, ce qui nous apparait ici comme une précaution exceptionnelle pour un petit nombre d'actions civiles, doit être regardé comme la règle générale pour les actions prétoriennes, dont la rédaction était toujours *in factum*, sans que jamais la latitude des pouvoirs de l'*arbiter* ait besoin d'être garantie par l'addition *ex fide bona* exprimée dans la formule.

(*b*) L. 11, § 1, de dolo (IV, 3). L'*actio de dolo*, dit Ulpien, ne doit pas être donnée aux enfants contre leurs pères ou autres ascendants, aux affranchis contre leurs patrons, etc. « Quid ergo est ? in horum persona dicendum est, in factum verbis temperandam actionem dandam, *ut bonæ fidei mentio fiat*. » C'est-à-dire : l'*intentio* ne doit pas être rédigée dans la forme ordi-

tion diffère essentiellement de la clause caractéristique des *b. f. actiones*, car elle n'a d'autre objet que d'éviter le mot injurieux de dolus, tout en en conservant le sens. Ainsi la *bona fides* sert à qualifier les faits de l'*intentio in factum concepta*, non à mitiger la rigueur du *oportere ;* de sorte que cette action n'a réellement de commun avec ce qui distingue la *bona fidei actio*, que l'emploi de l'expression *bona fides*.

Enfin, sont exclues de cette division les *extraordinariæ actiones;* et cela ne peut guère être contesté, car il n'y avait pas là de *judex*, et la position de *judex* constitue l'intérêt principal de cette division.

VII.

Les nombreuses actions que je viens d'énumérer sont donc en dehors de la division des *str. j.* et *b. f. actiones ;* mais nous n'en devons pas moins chercher si, par leur nature et par leurs formes juridiques, elles n'ont pas plus d'affinité avec l'une qu'avec l'autre espèce d'actions. Car le contraste des actions rigoureuses et libres a une généralité plus haute, et dès lors chacune des actions éliminées doit y trouver une place distincte. Nous avons donc à examiner si ces actions étaient portées devant un *judex* ou devant un *arbiter*, et par là même nous verrions si elles étaient ou non jugées avec la même latitude de pouvoirs que les *b. f. actiones*. De

naire : « Si paret, *dolo malo* Negidii factum esse, » rel.; et Cicéron', d'accord avec Ulpien, nous apprend comment elle devait être rédigée, ad Att. VI, 1 med. « si ita negotium gestum est *ut eo stari non oporteat ex fide bona*, » ou bien encore en d'autres termes, mais toujours de manière à rendre l'idée de *dolus* sans exprimer le mot. (Cf. Heffter, Observ. in Gaji comm. IV, p. 79). Les mots *ex fide bona* servent uniquement à caractériser le fait, et *oporteat* n'a pas non plus la signification juridique rigoureuse qu'il a dans l'*intentio in jus concepta*.

là il résulte que cette délimitation rigoureuse, qui exclut un si grand nombre d'actions, porte plutôt sur la phraséologie que sur le fond des choses.

VIII.

Je regarde les actions civiles fondées sur des délits, comme des actions rigoureuses, des *judicia* proprement dits. En effet, leur *intentio* avait pour objet *damnum decidere oportere* (*a*), c'est-à-dire un *oportere*, et sans aucun adoucissement, précisément comme les *str. j. actiones*. Relativement à l'*actio L. Aquiliæ* en particulier, nous savons qu'elle ne permettait pas d'avoir égard à la valeur d'affection (num. III, *g*); en quoi elle diffère des *b. f. actiones;* et nous pouvons trouver là une confirmation particulière du point de vue général que j'adopte. La nature rigoureuse de ces actions n'offrait pas un grand intérêt, car elles étaient rarement applicables aux divers rapports qui, dans la pratique, donnaient de l'importance à la distinction des *str. j.* et *b. f, actiones* (num. III, IV).

La règle que je viens de poser comprend donc les actions suivantes : actio furti nec manifesti, oblati, concepti (*b*), de tigno juncto (*c*), arborum furtim cæsarum (*d*), legis Aquiliæ, injuriarum ex lege Cornelia (*e*). La plupart des actions fondées sur des délits ne rentrent pas dans cette classe, parce qu'elles étaient des actions prétoriennes : telles sont nommément l'action d'injure *æstimatoria* et l'*actio furti manifesti* (*f*). Le nom de *stricti juris actio* ne leur

(*a*) Gajus, IV, § 37, 45.
(*b*) Gajus, III, § 190, 191.
(*c*) Digest., XLVII, 3.
(*d*) Digest., XLVII, 7.
(*e*) L. 5, L. 37, § 1, de injur. (XLVII, 10), § 8, J. eod. (IV, 4).
(*f*) Gajus, III, § 189.

est donc pas applicable; néanmoins elles étaient sans doute jugées par analogie des règles établies pour les actions rigoureuses (*g*).

IX.

Les *in rem actiones* civiles étaient en général des actions libres ou *arbitria*, et dès lors elles étaient traitées comme les *b. f. actiones*, bien qu'on ne puisse leur imposer cette dénomination.

Je commence par la propriété. A l'époque du complet développement de la procédure par formules, l'action résultant de la propriété pouvait être exercée de trois manières différentes : par une *sacramenti legis actio* portée devant les centumvirs, *per sponsionem*, et par une *petitoria formula* (*a*). La première forme était sans doute exigée quand l'objet litigieux avait une très grande valeur, et probablement le demandeur pouvait choisir entre les deux dernières.

Nous n'avons pas à nous occuper de l'action devant les centumvirs, puisqu'elle est en dehors de l'*ordo judiciorum* (Traité, § 213). Nous ignorons entièrement si son application était rigoureuse ou libre ; le droit Justinien n'en a conservé aucune trace. — L'action *per sponsionem* n'était nullement *in rem;* au moyen d'une stipulation forcée, le débat entre le propriétaire et le possesseur revêtait artificiellement le caractère d'un contrat, l'action résultant de cette stipulation était une *stricti juris actio*, et en dernier résultat, elle opérait la décision du litige relatif à la pro-

(*g*) Ainsi Marc-Aurèle avait étendu l'application de la compensation aux *stricti juris actiones* (au moyen d'une *doli exceptio.*) (Num. IV. *c*). La L. 10, § 2, de compens. (XVI, 2), nous montre que cette application avait déjà lieu du temps des anciens jurisconsultes, pour les actions résultant d'un délit.

(*a*) Gajus, IV, § 91—95.

priété. — Des actions résultant de la propriété la *petitoria formula* était donc la seule qui fût une pure *in rem actio*, c'est celle que les sources du droit nous représentent comme la *rei vindicatio*. C'était une action libre, un *arbitrium*, et l'*arbiter* avait précisément la même latitude de pouvoirs que pour une *bonæ fidei actio*. Cette latitude de pouvoirs se montre d'abord en ce que le juge devait rejeter la demande si le défendeur ne possédait pas, quoique cela ne fût pas exprimé dans la *formula* (*b*); et aussi en ce que le jugement était susceptible de la même extension que s'il se fût agi d'une *b. f. actio* (*c*).

Les servitudes étaient, comme la propriété, protégées par une *petitoria formula*, et cette action est en réalité la *confessoria actio*. Ici encore le libre *officium judicis* est attesté pas les sources (*d*).

Le droit de succession était, comme la propriété, protégé pas trois formes d'actions. Cicéron fait mention de la *sacramenti legis actio* et de l'action *per sponsionem* (*e*). La *petitoria formula* est ici l'action désignée comme *hereditatis petitio* dans les compilations de Justinien. Ici encore un des objets de *officium judicis* était d'énumérer si le défendeur était en possession (*f*); de même aussi l'*arbiter* devait avoir égard à plusieurs exceptions, lors même qu'elles ne seraient pas ex-

(*b*) L. 9, de rei vind. (VI, 1). « *Officium autem judicis* in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat. » Indépendamment de cette loi, les formules elles-mêmes nous montrent que cela n'y était point exprimé. Gajus, IV, § 92. Cicero in Verrem, II, 12. (Voy. le Traité, § 209, *c*).

(*c*) L. 68, de rei vind. (VI, 1), L. 91, pr. de V. O. (XLV, 1) « . . . in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpæ hujus nomine tenetur possessor. . . . » Quand l'action résulte de la stipulation, cette obligation n'existe pas.

(*d*) L. 7, si servitus (VIII, 5).

(*e*) Cicero in Verrem, I, 45. Comme la *petitoria formula* n'est point mentionnée ici, on pourrait croire qu'elle n'a été introduite que plus tard.

(*f*) L. 10, § 1, de her. pet. (V. 3).

primées dans la formule (*g*). Cette action avait donc une nature aussi libre que les *b. f. actiones*. Justinien nous dit que l'on a discuté la question de savoir si elle était une *b. f. actio*, et il lui attribue ce caractère (*h*). Nous ignorons le sens de cette ancienne controverse; et quant au *nom* de *b. f. actio*, nous devons, par analogie des autres actions, le déclarer impropre. Peut-être cette controverse et cette dénomination portent-elles sur la circonstance que la *hereditatis petitio*, comparée à d'autres *in rem actiones*, a un nature particulière par suite de la restriction existant en la personne du défendeur (Traité, § 208, *k*); ce qui lui donne de la ressemblance avec les actions *in personam*. En outre, les prestations personnelles qui, dans toutes les actions *in rem*, peuvent figurer comme accessoires de l'objet principal, ont ordinairement dans cette action une extension plus grande; aussi est-elle appelée une fois *mixta personalis actio* (*i*), quoique cette différence purement de fait et toute relative ne puisse rien changer à la nature propre de l'action. Enfin, depuis le sénatus-consulte de l'an 129 après Jésus-Christ, cette action put souvent s'exercer, quoique tous les biens de la succession fussent déjà aliénés, ou devenus, en vertu de la *pro herede usucapio*, la propriété du possesseur (*k*), et alors certainement l'action ne pouvait, sans le secours d'une fiction, être considérée comme *in rem*.

Parmi les *in rem actiones* fondées sur un rapport de famille, le *liberale judicium* est seul une action civile; pour toutes les autres, qui sont des actions prétoriennes, la question ici posée n'a point d'application (§ 216, *a*). Il paraît

(*g*) L. 58, de her. pet. (V. 3). « . . . Respondi, et *si non exciperetur*, satis *per officium judicis* consuli. » On veut parler ici de la *doli exceptio*. Cf. Num. IV, *a*.

(*h*) L. 12, § 3, C. de pet. her. (III, 31), § 28. J. de act. (IV. 6).

(*i*) L. 7, C. de pet. her. (III, 31).

(*k*) L. 20, § 6, de her. pet. (V, 3). Gajus, II, § 57.

que le *liberale judicium* s'instruisait de préférence devant les centumvirs; porté devant un seul juge, il était probablement un *judicium* rigoureux.

X.

Les très-nombreuses *honorariæ actiones* étaient sans doute toutes des actions libres ou *arbitria*, aussi bien que les *bonæ fidei judicia*. On ne leur donne point ce nom, parce que la latitude des pouvoirs du juge s'entendait de soi-même, et n'avait pas besoin d'être exprimée par la clause *ex fide bona* (num. VI).

Enfin, relativement aux *extraordinariæ actiones*, elles admettaient sans aucun doute la même liberté de jugement que les *b. f. actiones*. Du moins il ne saurait être question de restriction dans les pouvoirs du *judex*, puisque le magistrat en remplissait lui-même les fonctions.

XI.

Jusqu'ici j'ai traité de la délimitation extérieure des *str. j.* et *b. f. actiones*, c'est-à dire, par rapport aux actions qui leur sont étrangères (num. VI — X). Il me reste à fixer leurs limites respectives, et ainsi à énumérer les diverses actions qui composent chacune de ces deux classes.

Pour les *stricti juris actiones* ou *condictiones*, je me contenterai ici d'une revue générale et sommaire. On trouvera les détails dans l'Appendice spécial sur les condictions (Appendice XIV).

Les cas auxquels s'appliquait la condiction peuvent se ramener à trois classes : *datum*, *expensum latum*, *stipulatum* (*a*).

(*a*) Cicero pro Roscio Com. C. 5. « Pecunia petita est certa. . . Hæc pe-

Le *datum* comprend d'abord le prêt, puis différents faits susceptibles d'attribuer à d'autres personnes des parties de nos biens, mais par erreur et sans motif juridique réel. D'où résultent la *condictio indebiti, sine causa, ob causam datorum, ob turpem vel injustam causam, furtiva,* qui toutes appartiennent incontestablement aux *str. j. actiones.*

Expensum latum est l'ancien contrat littéral, dont on ne peut mettre en doute les effets rigoureux.

Enfin, le *stipulatum*, comme base non moins certaine d'actions *stricti juris*, est de ces cas le plus important. Mais je dois dès à présent signaler deux applications différentes dont la stipulation était susceptible. D'abord elle pouvait engendrer des *str. j. actiones,* et c'est sous ce rapport qu'elle figure ici; mais ensuite c'était en droit romain la seule forme générale de contrat que l'on pût employer pour attribuer à une convention quelconque la garantie d'une action, et l'on conçoit très-bien que, dans cette application importante, elle eût pu donner naissance à une *b. f. actio.* Je reviendrai tout à l'heure sur cette observation. — Envisagée sous ce second aspect, la stipulation se distingue de tous les autres contrats, la vente, par exemple, la société, le mandat, etc., qui n'ont toujours qu'un seul but. Si l'*expensilatio* par l'indétermination de son objet a de l'analogie avec la stipulation, elle était néanmoins plus restreinte, car elle

cunia necesse est, *aut data, aut expensa lata, aut stipulata sit.* » Plus haut (C. 4) nous lisons : « Adnumerasse se negat : expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat : reliquum est, ut stipulatum se esse dicat. Præterea enim, quemadmodum certam pecuniam petere possit, non reperio. » — L. 9, § 3, de R. C. (XII, 1) « . . . ex omnibus contractibus hæc certi condictio competit, *sive re* fuerit contractus factus, *sive verbis*, sive conjunctim. . . » On a omis *sive litteris*, parce que cette forme de contrat n'existait plus du temps de Justinien. — Les deux textes cités ne parlent, il est vrai, que de la *certi* condictio, qui a pour objet une somme d'argent déterminée; mais toutes les *str. j. actiones* dérivaient nécessairement de l'une des trois causes ici énumérées.

était seulement applicable à des affaires d'argent, non à des choses d'une autre espèce, ni à des travaux.

Un fait remarquable nous montre combien était étendu et varié l'usage que l'on pouvait faire de la stipulation pour motiver une action privée qui n'eût pas existé autrement. L'an de Rome 512, les Romains remportèrent sur la flotte des Carthaginois un grande victoire qui fit décerner au consul Lutatius les honneurs du triomphe. Le préteur Valerius prétendit que personne n'avait eu plus part que lui à la victoire, et voulant faire décider la chose par un jugement, il provoqua une *sponsio* du consul, et là-dessus fut nommé un *judex* ordinaire pour vider le différend (*b*).

Ces trois causes génératrices des *str. j. actiones* se ramènent elles-mêmes à un principe simple que j'exposerai dans l'Appendice suivant sur les condictions.

XII.

Sur l'application des *b. f. actiones*, nous ne trouvons pas de principe général; les Institutes nous donnent une liste (*a*) qui contient évidemment non des exemples, mais l'énumération complète des cas de cette espèce. Cicéron cite plusieurs exemples qui sont presque entièrement semblables à ceux des Institutes (*b*). Le texte correspondant de Gajus

(*b*) Valer. Max., II, 8, 2. Sans doute la *sponsio* avait pour objet une somme d'argent, probablement d'une manière fictive; et par là elle ressemblait à *la sponsio præjudicialis* (comme dans Gajus, IV, § 94). Il s'agissait uniquement d'obtenir une décision sur la question d'honneur. — Cette manière de procéder, de même que la *sponsio* judiciaire, est ordinairement représentée comme un *pari*, et cette stipulation réciproque (*sponsio* avec *restipulatio*) constituait effectivement un pari. Mais c'était toujours l'emploi de la stipulation qui imprimait à ces paris un caractère juridique.

(*a*) § 28, 29, J. de act. (IV, 6).

(*b*) Cicero, Top. C. 17, de Officiis, III, C. 15, 17; de Natura deorum, III,

contenait aussi une liste complète de ces actions; mais il offre des lacunes et a été défiguré par des erreurs de copistes (*c*). Aucun des cas que présentent ces différents textes ne sort des limites assignées plus haut (Num. VI) aux *b. f. actiones*. Voici ceux énumérés dans les Institutes :

§ 28. Bonæ fidei sunt hæ : ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum (*d*), mandati, depositi pro socio, tutelæ, commodati, pigneraticia, familiæ herciscundæ, communi dividundo (*e*), præscriptis verbis quæ de æstimato proponitur, et ea quæ ex permutatione competit (*f*), et

30; et dans ce dernier texte, il distingue très-habilement les judicia de fide *mala* (qui entrainent l'infamie, comme *tutelæ*, etc.), et reliqua quæ *contra* fidem fiant (tels que *emti*, etc.)

(*c*) Gajus. IV, § 62.

(*d*) Cette action embrasse aussi la *funeraria actio*, dont le seul caractère distinctif est en général une extension plus grande encore des pouvoirs du juge. L. 14, § 13, de relig. (XI, 7).

(*e*) On a prétendu que cela n'était pas encore admis du temps de Gajus, à cause de la formule rigoureuse : Quantam adjudicari oportet, judex Titio adjudicato (IV, § 42). Cf. Heffter, Observ. in Gajum, comm. IV, Mais rien n'empêche que l'on ait dit aussi : Quidquid dare facere oportet ex fide bona, condemnato. Déjà Julien désigne cette action comme une *b. f. actio*. L. 24, pr. comm. div. (X, 3). Les témoignages d'Ulpien et de Paul (L. 4, § 2, L. 14, § 1, eod.) ne prouveraient rien à cet égard. — L'*actio finium regundorum* paraît avoir été omise à dessein, peut-être parce que dans l'ancien droit elle n'était point une *actio* ordinaire, mais un *arbitrium* tout spécial confié aux *agrimensores*, qui, d'ailleurs, auraient eu la même latitude que pour la *b. f. actio*. Plusieurs auteurs expliquent l'omission en disant que l'*actio finium regundorum* résultait *quasi ex maleficio* (Marezoll dans Linde, X, p. 290); ce qui ne paraît pas exact. En effet, dans cette action comme dans les deux autres actions de partage, le juge devait prendre en considération la circonstance accidentelle du *dolus*; mais jamais le *dolus* n'était la base fondamentale de l'action.

(*f*) On a prétendu que ces deux cas de l'*actio præscriptis verbis* étaient seuls *b. f.*, parce qu'ils sont seuls mentionnés ici; mais on ne saurait croire qu'aucun des autres cas, tels qu'ils sont exposés dans la L. 5, præscriptis verbis (XIX, 5), ait été *stricti juris*. Cela serait en contradiction avec la généralité des termes dont se sert Ulpien dans la L. 1, pr. de æstim. (XIX, 3) : « quotiens enim de nomine contractus alicujus ambigeretur, ... dandam æstimatoriam præscriptis verbis actionem : *est enim negotium civile gestum, et*

hereditatis petitio (*g*). Le § 29 ajoute encore l'*actio rei uxoriæ*, remplacée maintenant par une actio *ex stipulatu*, qui est aussi une *b. f. actio.*

Cicéron et Gajus ajoutent en outre l'*actio fiduciæ* (*h*), qui se rattachait à la mancipation, et qui n'existait plus du temps de Justinien.—Les Institutes auraient dû mentionner aussi les actions fondées sur l'*emphyteuticarius contractus*, car on en a fait un contrat spécial, faute de savoir si l'on devait le considérer comme *emtio* ou comme *conductio*, mais il n'en doit pas moins être *bonæ fidei*, de même que ces deux contrats. Peut-être n'a-t-il pas été nommé parce que, au temps où vivait l'empereur Zénon, qui l'introduisit (*i*), la distinction des *b. f. actiones* avait moins d'importance qu'autrefois; peut-être aussi s'est-on contenté de copier cette liste de contrats dans un ancien jurisconsulte.

Cette liste des *b. f. actiones* n'a pas été dressée arbitrairement. Elle comprend tous ces rapports de droit pour lesquels dans la vie réelle on s'en rapporte à la loyauté et à la bonne foi, sans recourir à des formes rigoureuses. On entendait

quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quæ in bonæ fidei judiciis diximus. » Voici encore une circonstance non moins décisive. L'action contre celui *cui rem inspiciendam dedi* se fonde sur le *dolus* et non sur la *culpa*, s'il ne retire aucun avantage du dépôt. L. 17, § 2, de præscriptis verbis (XIX, 5), L. 10, § 1, L. 12, pr. comm. (XIII, 6). Or, cela est un des caractères distinctifs du *b. f. contractus*. L. 108, § 12, de leg. 1 (XXX, un.) Dans l'esprit de la législation justinienne, ces deux cas ne sont évidemment cités que comme exemples. Peut-être l'ancien jurisconsulte auquel ce texte est emprunté, l'entendait-il déjà ainsi; peut-être aussi ces deux cas étaient-ils les seuls auxquels s'appliquât, de son temps, l'*actio præscriptis verbis*. Certainement, il n'a pas voulu dire que cette action fût applicable dans les autres cas, mais comme *stricti juris actio;* en mentionnant ces deux cas d'une d'une manière exclusive il déniait l'action civile pour tous les autres.

(*g*) Cf. Num. IX.

(*h*) Cicero, de Officiis, III, 15, 17; ad Familiares, VII, 12. Gajus, IV, § 62. C. Appendice XIV, num. V. — Aussi y avait-il une *contraria fiduciæ actio*, Paulus, II, 13, § 7.

(*i*) L. 1, C. de j. emphyt. (IV, 66).

ainsi que pour tous les autres rapports qui se présentent plus rarement, il fallait employer la forme de la stipulation, ou renoncer à la protection d'une action.

XIII.

Touchant le rapport de ces deux espèces d'actions entre elles, on semble ordinairement se représenter les *str. j. actiones* comme des actions exceptionnelles ou privilégiées établies dans plusieurs cas pour assurer au demandeur une protection plus efficace, comme le fait aujourd'hui la lettre de change. Cette opinion doit d'abord être rejetée, parce que dans cette espèce d'action, les avantages et les désavantages du demandeur étaient très-mêlés (Num. II-IV); ensuite elle est réfutée par la rédaction du texte cité des Institutes. En effet, il n'énonce pas les cas des *str. j. actiones*, mais ceux des *b. f.*, et non comme application d'un principe général, mais sous la forme d'énumération. Cette méthode indique que les *str. j. actiones* constituent la règle, et les *b. f.* l'exception.

Et ce rapport de règles et d'exception est effectivement une réalité. Nous devons admettre comme base primitive du droit des obligations un principe rigoureux qui n'admettait en général d'autres actions et d'autres actes juridiques que ceux désignés aujourd'hui comme *str. j. actiones*. Ils suffisaient à tous les besoins; car la stipulation était une forme si générale, qu'on pouvait l'adapter à toute espèce de contrat, vente, société, mandat, etc. L'exécution de ces actes juridiques était protégée par un *judex* prononçant au nom de l'État; hors de ces cas, on n'obtenait pas de *judex*.

Mais, dans les relations journalières de la vie, on pouvait, pour un grand nombre d'affaires, s'en rapporter uniquement à la bonne foi et à la loyauté, sans employer la forme solennelle de la stipulation; la plupart de ces contrats

s'exécutaient comme aujourd'hui, sans que l'on eût recours à un juge. Mais si, dans certains cas, un débat s'élevait sur le mode d'exécution, ou si l'une des parties prétendait ne rien devoir, parce que la stipulation manquait, fallait-il refuser toute protection judiciaire? En accordant cette protection il était très-naturel d'avoir égard aux usages suivis par les gens honnêtes, et à la confiance réciproque qu'ils inspirent (*bona fides, ut inter bonos*). Or, comme il s'agissait non d'une obligation rigoureuse d'après le droit civil, mais de l'observation des bonnes mœurs, dans l'application on crut convenable de se conformer à ce principe. Le préteur obligeait les parties à se choisir un juge, comme on avait coutume de le faire sans son intervention (*arbiter*), et il chargea celui-ci de vider le différend d'après les règles d'une impartiale équité, sans avoir égard aux prescriptions rigoureuses du droit civil.

On pourrait donner à cette généalogie des idées et des rapports de droit une signification historique de la manière suivante. On pourrait dire que pendant longtemps il n'y eut pas d'autres actions que les *str. j. actiones,* et que plus tard on admit les *b. f. actiones* pour les cas où auparavant il n'existait pas d'action. Cette hypothèse diffère entièrement de ce que je viens de dire; car, dans une supposition, rien n'empêche que les *str. j.* et *b. f. actiones* n'aient eu une origine simultanée, qui remouterait à l'établissement de l'*ordo judiciorum*, c'est-à-dire de la procédure par formules. Je m'abstiens d'exprimer ici aucune opinion sur cette question historique (*a*).

XIV.

La rédaction suivante des formules atteste que les Romains envisagaient réellement la chose comme je viens de

(*a*) Cf. Appendice XIV, num. XLVII, où cette question est traitée avec détails.

l'exposer. Dans les actions rigoureuses (*str. j. actiones*), l'*intentio* était ainsi conçue :

Si paret Negidium centum (ou hominem) dare oportere.

Ou : quidquid Negidium dare facere oportet.

Cette dernière *intentio* s'appliquait aux actions libres, mais avec une addition :

Quidquid Negidium dare facere oportet *ex fide bona*.

Cette addition exprimait deux idées corrélatives d'abord : que l'*oportere* ne devait pas s'entendre de la rigueur du droit civil, mais des usages adoptés par les gens honnêtes ; ensuite, que pour apprécier l'obligation il fallait avoir égard à toutes les circonstances, avec une égale sollicitude pour chacune des parties.

L'addition *ex fide bona* était la plus ordinaire ; de là, cette classe entière d'actions est appelée *bonæ fidei actiones*. Pour quelques actions, on employait d'autres expressions, mais ayant le même sens ; pour l'*actio fiduciæ*, par exemple : *ut inter bonos bene agiter oportet* (*a*), ce qui équivaut à *ex fide bona*; et en effet Cicéron et Gajus rangent cette action parmi les *b. f. actiones* (*b*).

De même, pour l'*actio rei uxoriæ*, on avait coutume d'employer l'expression *æquius melius* (*c*); et cette action n'en était pas moins comptée parmi les *b. f. actiones* (*d*).

(*a*) Cicero, de Off., III, 15, 17; ad Fam. VII, 12, Top., C. 17. Dans le premier de ces textes nous voyons encore ajouté à la formule : et sine fraudatione.

(*b*) Cicero, de Of., III, 17. Gajus, IV, § 62.

(*c*) Cicero, de Off., III, 15; Top., C. 17. — On trouve aussi des allusions littérales à cette rédaction dans le Digeste, L. 66, § 7, sol. matr. (XXIV, 3), L. 82, de solut. (XLVI, 3).

(*d*) § 29, J. de act. (IV, 6), L. 36, de pec. (XV, 1). « In bonæ fidei contractibus. . . ut est in actione de dote agitatum. . . hoc *et in ceteris b. f. judiciis* accipiendum esse. « L. 21, sol. matr. (XXIV, 3) «. . . si. . . de dote ageret. . . ut *in ceteris b. f. judiciis*. » Ces textes sont d'un temps où l'expression *æquius melius* était aussi en usage (note *c*).

J'observe néanmoins que cette dernière expression (*æquius melius*) a encore une signification particulière; elle désigne une liberté d'appréciation fondée moins sur la nature de l'action que sur les besoins spéciaux de certains rapports de droit : liberté qui n'existe ordinairement pas, même pour les *b. f. actiones*. Ainsi on ne faisait pas aux actions prétoriennes l'addition *ex fide bona*, la latitude de pouvoirs établie pour les *b. f. actiones* s'impliquant alors de soi-même, et néanmoins on y insérait quelquefois les mots *æquius melius*, pour indiquer qu'elles exigeaient une latitude de pouvoirs encore plus grande. Le petit nombre d'actions ayant ce caractère exceptionnel s'appelaient *in bonum et æquum conceptæ* (e).

XV.

Pour embrasser complétement la nature des *str. j.* et *b. f. actiones*, il faut encore indiquer les diverses gradations qui pouvaient exister entre ces actions.

Les pouvoirs conférés à l'*arbiter* avaient dans toutes les *b. f. actiones* une extension à peu près égale (*a*). Mais la restriction des pouvoirs du *judex* dans les *str. j. actiones* est susceptible de divers degrés. D'après la formule : Si paret centum dare oportere, le *judex* n'avait d'autre alternative que d'accorder 100 ou de donner gain de cause au défendeur. D'après la formule : Si paret fundum dare oportere, il pouvait, en outre, évaluer la chose en argent. Enfin la formule : Quidquid dare facere oportet lui donnait encore plus de latitude pour déterminer la somme à payer. On

(*e*) Cf. vol. II, § 71, surtout notes *d—k*. — Les actiones in bonum et æquum *conceptæ* étaient celles où la formulæ conceptio renfermait les expressions bonum æquum ou æquius melius.

(*a*) Excepté néanmoins les actions peu nombreuses in bonum et æquum conceptæ, où l'arbiter avait un pouvoir encore plus étendu (num. XIV).

voit donc que les cas de cette dernière espèce avaient beaucoup d'analogie avec les *b. f. actiones;* aussi la rédaction de leur *intentio* était presque semblable : elle ne différait que par l'addition *ex fide bona.*

XVI

Un point plus important, c'est que les actes juridiques destinés à engendrer exclusivement l'une ou l'autre espèce d'actions pouvaient être modifiés de manière à donner des actions de l'espèce contraire. Ce changement s'opérait tantôt par la volonté des parties, tantôt par celle du préteur.

Les parties pouvaient rendre rigoureux un acte juridique libre de sa nature, en lui donnant la forme d'une stipulation ou de stipulations réciproques, et cela dès l'origine, ou plus tard, au moyen d'une novation. En effet, la stipulation était la forme de contrat la plus générale, la plus indéterminée; susceptible de s'appliquer à tous objets quelconques, elle imprimait à l'acte son caractère exclusif, lors même que cet acte aurait dû produire une autre action, soit rigoureuse, soit libre. Ainsi le prêt fait sous la forme d'une stipulation engendrait une simple *verborum obligatio* (*a*). J'en dis autant de la société (*b*), de la vente, du contrat de

(*a*) L. 126, § 2, de V. O. (XLV, 1) « . . . quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duæ obligationes nascuntur, sed una verborum. » L. 6. § 1, L. 7, de novat, (XLVI, 2).

(*b*) Si l'acte de société était d'abord fait par écrit, et si, immédiatement après, intervenait une stipulation dans le même but, l'obligation primitive *consensu contracta*, et par conséquent *bonæ fidei*, se trouvait aussitôt absorbée au moyen de la novation. L. 71. pr. pro socio (XVII, 2). « . . . si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent : hæc ita dari fieri spondes? futurum fuisse, ut si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur. » Si, au contraire, il n'y avait pas eu de *pactum conventum de societate*, et que les conditions de la société eussent été arrêtées dès l'origine sous la forme d'une

louage, etc., revêtus de la même forme ; ici, la *b. f. actio* était absorbée par l'action rigoureuse résultant de la stipulation, et cela conformément à la volonté des parties, qui pouvaient avoir des motifs particuliers pour préférer l'action rigoureuse à l'action libre (*c*). La *literarum obligatio* servait spécialement à opérer cette transformation (*d*).

XVII.

Réciproquement, les parties pouvaient vouloir communiquer la nature d'une obligation et d'une action libre à la stipulation, sans laquelle, dans plusieurs cas, il ne pouvait y avoir d'obligation susceptible d'engendrer une action (Num VI). Cela s'effectuait par une clause spéciale insérée dans la stipulation même, de sorte que le débiteur s'engageait à faire une prestation conformément à la *bona fides*. Dans ce but, on pouvait certainement employer les mots *bona fide*, mais aussi ceux de *recte fide* (*a*) ; le simple mot *recte* avait même cette efficacité (*b*). Mais le plus souvent on em-

demande et d'une réponse, il n'y aurait qu'un seul contrat, la stipulation, et il n'y aurait pas de novation. Cela est formellement exprimé pour le prêt dans les textes cités note *a*. — On trouve plusieurs exemples de donations et de contrats de vente avec la clause finale de la stipulation, dans Spangenberg Tabulæ negotiorum, num. 22, 23, 26, 49, 50, 52 *a*, 54, 55, 57. — Il était aussi très-ordinaire de faire pour toutes les clauses de détail une *nuda pactio*, que précédait ou que suivait la formule confirmative de la stipulation, L. 7, § 12, de pactis (II, 14), Paulus II, 22, § 2, L. 27, C. de pactis (II, 3). On aurait pu aussi énumérer toutes ces conventions dans la demande, mais elle eût été moins précise et moins claire.

(*c*) On a déjà vu (num. XI) que l'on se servait de la stipulation même pour porter devant un juge privé des questions d'intérêt public.

(*d*) Voy. Appendice XIV, num. IX.

(*a*) L. 122, § 1, de V. O. (XLV, 1), « recte dari fieri fide. » Cf. Huschke, de actionum formulis, p. 31.

(*b*) L. 73, de V. S. (L. 16). « Hæc verba in stipulatione posita : *eam recte restitui* fructus continent. *Recte* enim verbum pro viri boni arbitrio est. » Plusieurs exemples de semblables stipulations avec le mot *recte* sont rassemblés dans Brissonius, Selectæ ant. I, 9.

ployait la formule désignée sous le nom de *doli clausula*, ainsi conçue : *dolum abesse abfuturumque* (c).

Dans de semlables cas, l'action n'était pas par soi-même une *b. f. actio;* elle était portée non devant un *arbiter*, máis devant un *judex*. Seulement le *judex* devait, d'après la lettre même de la stipulation, juger comme l'aurait fait un *arbiter* dans une *b. f. actio*. Cela s'appliquait non-seulement aux intérêts et aux fruits, mais encore aux exceptions non insérées dans la *formula* (d).

Par là s'expliquent deux lois appartenant à des époques très-différentes, et où relativement à des actions résultant de stipulations fictives, on parle de *bona fides*, ce qui a embarrassé mal à propos les auteurs modernes. La première est la lex Galliæ cisalpinæ, qui, dans le cas où l'on refuse la *damni infecti repromissio* ou *satisdatio*, accorde en ces termes des actions fondées sur des stipulations fictives :

C 20, vers. 26, 27. « quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione Sejo dare facere oporteret *ex fide bona*. »

Ce que les lignes 35, 36 répètent pour la *satisdatio*. On peut s'étonner de lire ces mots *ex fide bona* dans l'*intentio* d'une action fondée sur une stipulation; ils eussent été inutiles si le *judex* eût eu sous les yeux une stipulation contenant en réalité cette clause; elle est ici insérée par pré-

(c) L. 38, § 13, 121, pr. L. 22, 53, 119, de V. O. (XLV, 1), L. 4, § 16, in f. de doli exc. (XLIV, 4), L. 31, de receptis (III, 8), L. 3, C. eod. (II, 56). — Plusieurs exemples de cette formule se trouvent dans les documents de Spangenberg. Voy. num. XVI, b.

(d) Cujacius in L. 53, de V. O., app., t. I, p. 1198. Zimmern, Rechts geschichte, vol. III, p. 184, 275. Hushke, de actionum formulis, p. 31. Seulement, ce dernier fait une distinction trop subtile en disant que l'objet se juge suivant la *b. f.* et non l'obligation elle-même. A l'objet il rattache la *mora*, la *culpa*, les intérêts; à l'obligation, les exceptions non exprimées. Mais il est dit expressément que la *doli clausula* atteint aussi le *stipulator qui dolo fecit* (cf. les deux derniers textes cités note *c*). Or, tel est précisément le caractère de réciprocité attaché à la *bona fides*, qui oblige d'admettre les exceptions même non exprimées dans la formule.

caution, parce que les stipulations qui devaient motiver l'action étaient simplement des stipulations fictives.

C'est ainsi que Justinien substitua à l'ancienne *actio rei uxoriæ* une *actio ex stipulata* reposant sur une stipulation fictive, uniquement afin que l'action pût passer aux héritiers. Il lui donne la nature de l'ancienne action, comme *b. f. actio;* et ici il agit dans l'esprit de l'ancien droit, car il crée évidemment une stipulation fictive avec la *doli clausula*, précisément comme l'avait fait avant lui la *lex Galliæ cisalpinæ*. Seulement il s'éloigne de l'ancien droit en appelant *b. f. actio* la nouvelle action par lui introduite (*e*). Cette expression aurait eu de l'importance autrefois, car elle eût attribué la connaissance de l'affaire à un *arbiter* et non à un *judex*. Mais comme du temps de Justinien il n'y avait plus que des *extraordinaria judicia*, le résultat de l'action et le contenu du jugement étaient les seules choses dont on eût à s'occuper.

On pouvait encore arriver par une autre voie au résultat obtenu, en ajoutant la *doli clausula* à une stipulation. Il suffisait d'exprimer dans la stipulation toutes les obligations qui seraient résultées d'un *b. f. contractus*. Quand, par exemple, un propriétaire stipulait de son fermier : quidquid te mihi dare facere oportet (*f*), au moyen de cette rédaction, le contenu de la stipulation embrassait toutes les conséquences qui seraient résultées de la *locati actio*.

(*e*) § 29, J. de act. (IV, 6). « ex stipulatu actio, quæ pro ea introducta est, naturam bonæ fidei judicii tantum in exactione dotis meruit; *ut bonæ fidei sit.* » Dans la loi originaire qui se trouve au Code, l'expression est mieux choisie. L. un., § 2, C. de rei ux. act. (V, 13), « accommodetur ei natura rei uxoriæ, *et bonæ fidéi beneficium.* »

(*f*) L. 89, de V. O. (XLV, 1), L. 1, § 4, quar. rer. actio (XLIV, 5) L. 27, de novat. (XLVI, 2).

XVIII.

Non-seulement la volonté des parties changeait des actions libres en actions rigoureuses, mais souvent aussi le préteur opérait la même transformation. Cependant, lorqu'il en agissait ainsi de son propre mouvement, il se proposait moins de substituer la procédure rigoureuse à la procédure libre, que d'établir par contrat des peines déterminées, et la stipulation était la seule forme qu'il pût employer à cet effet (Num. XI).

L'*actio constitutæ pecuniæ* avait été introduite par le préteur, et dès lors était un *arbitrium*, mais afin de la rendre plus efficace, le préteur imposait au défendeur une stipulation, par laquelle celui-ci promettait, dans le cas où il succomberait, de payer à titre de peine au demandeur 50 pour 100 de la somme réclamée (*a*).

Les interdits prohibitifs, tels que celui *uti possidetis*, étaient des actions prétoriennes; mais toujours il s'y rattachait des peines résultant de stipulations forcées (*b*). La même règle s'appliquait aux interdits ayant pour objet une restitution ou une exhibition; mais le demandeur pouvait aussi bien que le défendeur empêcher cette application, en réquérant une *arbitraria formula* (*c*).

Quand la propiríté était l'objet du litige, le demandeur pouvait à son gré employer l'action rigoureuse *per sponsionem*, ou l'action libre de la *petitoria formula* (Num. IX). Ce choix facultatif paraît n'avoir eu d'autre but que la diffé-

(*a*) Gajus, IV, § 171.

(*b*) Gajus, IV, § 141.

(*c*) Gajus, IV, § 141, 162-165. Ici l'on parle presque toujours du défendeur, car c'était une chose extraordinaire qu'il pût échapper à la *sponsio* provoquée par le demandeur. Je n'ai pas besoin de dire que le demandeur pouvait dès l'origine choisir entre ces deux moyens.

rence même dont je viens de parler. Sans doute la *sponsio* avait pour objet une somme d'argent, mais seulement en apparence, car cette somme n'était pas réclamée ; d'ailleurs, elle était si minime, qu'elle ne pouvait jamais être regardée comme un but sérieux (*d*).

XIX.

Réciproquement, le préteur donnait souvent à des actions rigoureuses le caractère d'actions libres, et nous avons lieu de croire qu'il en était ainsi, toutes les fois que la stipulation forcée exigée par le préteur n'avait pas une peine pour objet (XVIII). Cette modification s'opérait de la même manière que quand elle résultait de la volonté des parties (XVII). On insérait dans la stipulation forcée la *doli clausula*, et dès lors la *str. j. actio* qui devait toujours être portée devant un *judex*, produisait les mêmes effets qu'une *b. f. actio* portée devant un *arbiter*.

Je vais énumérer ici les cas de stipulations forcées où nous savons avec certitude que la *doli clausula* était ajoutée à la stipulation.

La stipulation de la caution que l'usufruitier doit fournir comme garantie au propriétaire (*a*).

La caution ayant pour but d'arrêter les effets d'une *operis novi nunciato* (*b*).

La stipulation relative au *damnum infectum* (*c*).

(*d*) Gajus, IV, § 93, 94.

(*a*) L. 5, pr. usufr. quemadm. cav. (VII, 9).

(*b*) L. 21, § 2, de op. novi nunc. (XXXIX, 1).

(*c*) Ici nous n'avons pas un témoignage aussi positif que pour les autres cas; mais la latitude laissée au juge par la L. 28, L. 40, pr. de damno. inf. (XXXIX, 2), ne nous permet pas de douter que la *doli clausula* n'y fût ordinairement insérée. Hasebke, de actionum formulis, p. 31. — Au reste, c'était tantôt une simple *repromissio*, tantôt une *satisdatio*.

Diverses cautions relatives aux legs (*d*).

La caution *judicatum solvi* (*e*), et celle *ratam rem haberi* (*f*).

Ensuite, et cela est plus important encore, peut-être y avait-il de semblables stipulations avec *doli clausula* pour chaque *litiscontestatio*, tant que subsista l'*ordo judiciorum*, et son abolition aurait seule fait effacer dans les sources du droit la mention de ces stipulations. C'est la seule explication naturelle de ce fait signalé plus haut (Num. III, *d*, *e*) que depuis la *litiscontestatio* toute *stricti juris obligatio* produisait les mêmes effets que les *bonæ fidei contractus*, et admettait ainsi toutes les extensions dont l'objet était susceptible (omnis causa).

Enfin, indépendamment de toutes ces modifications, le préteur rapprochait les actions rigoureuses des actions libres en accordant dans chaque espèce une *doli exceptio*, toutes les fois que la demande en était suffisamment justifiée. En effet, c'était un privilège attaché aux *b. f. actiones*, que le juge pût de lui-même prendre en considération les exceptions existant dans la cause. Le préteur n'était pas obligé d'avoir égard à cette distinction (Num. V).

XX.

Si nous résumons les transitions opérées entre les deux classes d'actions (Num. XVI-XIX), nous voyons une tendance prononcée à donner aux actions rigoureuses une nature plus libre. De là nous pouvons conclure que le caractère spécial des *stricti juris actiones* n'était pas considéré comme une type de perfection, mais comme une règle

(*d*) L. 1, pr. § 3, si cui plus (XXXV, 3), L. 1, pr. ut legat. (XXXVI, 3) (on voit au § 13, eod. une suite de la nature de cette stipulation).

(*e*) L. 17-19, judic. solvi (XLVI, 7), L. 45, de her. pet. (V, 3).

(*f*) L. 22, § 7, ratam rem. (XLVI, 8).

dérivant de l'ancien droit, et à laquelle on cherchait insensiblement à se soustraire. Et ici l'on suivit la même marche que pour d'autres institutions du droit romain. Le changement ne fut pas opéré brusquement par une décision législative. On recourut dans les cas particuliers à des adoucissements rattachés habilement à l'ancienne règle qu'ils transformaient, de sorte que pendant longtemps la forme rigoureuse et la forme libre subsistèrent l'une à côté de l'autre, laissant un champ assez vaste à l'exercice des volontés individuelles.

APPENDICE XIV.

LES CONDICTIONS.

(§§ CCXVIII-CCXX.)

I.

J'ai dit plus haut que l'expression *condictio* équivaut précisément à *stricti juris actio;* ce qui nous explique pourquoi cette dernière expression se trouve si rarement dans les sources du droit (*a*). Il résulte de la recherche entreprise dans l'Appendice précédent, que le mot *condictio* désigne l'action civile personnelle résultant d'un acte juridique, lorsque cette action a une nature rigoureuse, c'est-à-dire, qu'elle n'est point abandonnée à la libre apréciation du juge par l'addition *ex fide bona*. Dès lors se trouvent exclues du domaine des condictions : toutes les *honorariæ actiones,*

(*a*) Appendice XIII, num. I.

toutes les actions *in rem*, toutes les actions fondées sur des délits, toutes les *b. f. actiones*.

Je ne saurais citer dès à présent les témoignages directs qui établissent la synonymie de ces deux expressions techniques, car les textes de Gajus que lon pourrait invoquer ont besoin, pour être entièrement compris, de diverses explications préliminaires. Je dirai seulement ici qu'en réalité toutes les condictions connnes sont *stricti juris*, et que parmi toutes les actions exclues du domaine des condictions aucune n'est jamais désignée comme *condictio* (*b*). On pourrait supposer que l'expression *condictio* s'emploie indifféremment pour *actio*, et que, sous cette face du moins, son acception n'est pas bien déterminée. Mais au contraire, hors des limites que j'ai tracées, ce mot est évité soigneusement, et, ce qui est tout à fait décisif, dans plusieurs cas particuliers on discute s'il y a lieu d'exercer l'action *ex empto* (notoirement *bonæ fidei*) ou plutôt la *condictio*. Là-dessus on décide que les deux actions étant également fondées, le demandeur peut choisir celle qui lui convient le mieux (*c*). Cette discussion et cette décision impliquent un contraste bien marqué entre les deux espèces d'actions, et un contraste auquel se rattache un intérêt pratique, car si la distinction n'eût été que nominale, elle n'aurait guère pu donnner lieu à un débat sérieux.

(*b*) Ici l'on peut m'objecter : 1° que les délits donnent lieu à la *condictio furtiva*, et quelquefois à la *condictio ex L. Aquilia* (L. 9, § 1, de R. C. XII, 1); mais on verra plus bas que ces actions résultent de quasi-contrats, et non pas de délits. 2° La L. 19, § 2, de prec. (XLIII, 26) « *incerti condictione*, id est præscriptis verbis, » car cette dernière action est *bonæ fidei*; mais d'après la leçon des manoscrits, on doit lire dans ce texte *incerta actione*. Voy. le Traité, § 217, *o*.

(*c*) L. 11, § 6, de act. emti (XIX, 1) « . . . qua actione agendum est? utrum *condicatur*, quasi ob causam datos sit, et causa finita sit : an vero, *ex empto agendum sit?* Et Julianus diceret, *ex empto agi* posse : certe *etiam condici* poterit, quia jam sine causa apud venditorem est anulus. »

Chose à peine croyable! et qui montre combien ce sujet est plein d'obscurité : des auteurs célèbres ont affirmé précisément que toutes les condictions étaient des *b. f. actiones* (*d*).

Je ne m'arrêterai point à réfuter cette assertion ; mais je tâcherai que sa possibilité semble incompréhensible à quiconque lira cet Appendice jusqu'à la fin.

II.

Quoique les condictions soient renfermées dans un espace rigoureusement circonscrit, elles n'en restent pas moins une espèce particulière du genre *actiones*, ce qui ressort de la variété des désignations suivantes :

Actio quæ vocatur condictio. pr. J. quib. mod. re (III, 14). *Actio condictionis*, L. 1, C. de cond. ind. (IV, 5). L. 2 C. des cond. ob. causam dat. (IV, 6). *Condictitia actio.* L. 24 de R. C. (XII, 1). § 1 J. quib. m. re (III, 14). L. 7 de cond. causa data (XII, 4). L. 3 C. de don. quæ sub mod. (VIII, 55). *Condictitia.* § 24. J. de act. (IV, 6.). L. 55 de don. int. vir. (XXIV, 1). L. 13, § 2 de jurej. (XII, 2).

Quelquefois même, dans des cas où la condiction n'est pas douteuse, on emploie simplement le mot *actio* sans ajouter *condictio* (*a*). Néanmoins cela n'a lieu que dans des cas où la condiction est tellement certaine, qu'une désignation plus exacte paraît superflue; mais cette désignation ne manque jamais quand il s'agit d'une distinction à établir entre une condiction et une action d'une autre espèce (*b*).

Cependant la synonymie de *condictio* et *stricti juris actio*

(*d*) Glück, vol. XIII, p. 8 et § 835. Cette erreur se rattache à une autre dont je parlerai plus bas, num. III, e.

(*a*) Actio pecuniæ creditæ. L. 70, de proc. (III, 3), L. 12, § 1, de distr. (XX, 5). — Actio certæ creditæ pecuniæ. Gajus, IV, § 13.

(*b*) C'est ainsi que *judex* désigne tantôt l'espèce, tantôt le genre : l'espèce quand on l'oppose à *arbiter*, le genre quand on l'applique à toute espèce de juges, ce qui comprend aussi l'*arbiter*.

n'est vraie que pour la phraséologie adoptée depuis l'établissement de l'*ordo judiciorum* ou de la procédure par formules. Du temps des anciennes *legis actiones*, cette expressions avait un sens plus restreint, car elle ne s'appliquait qu'à deux actions spéciales (*c*). On verra plus bas comment cette ancienne acception se rattache historiquement à l'acception plus moderne admise dans les sources du droit; mais cette dernière est l'objet exclusif de la présente recherche.

III.

Maintenant la matière des condictions nous présente deux questions importantes et difficiles à résoudre. Premièrement, quels sont les actes juridiques de nature à engendrer des condictions (*stricti juris actiones*); en d'autres termes : Quelles sont les *conditions* requises pour l'admissibilité des condictions.

Secondement, quelles sont les différentes *espèces* de condictions, et les effets spéciaux qui se rattachent à chacune de ces espèces.

Relativement à la première question, celles des conditions requises pour l'admissibilité des condictions, je rappellerai d'abord ce que j'en ai dit sommairement au sujet des *b. f. actiones* (*a*). Celle-ci sont longuement énumérées sans être ramenées à aucun principe; et l'on ne dit absolument rien des deux cas auxquels s'appliquent les condictions. Si maintenant nous admettons que cette différence répond à une réalité, et n'est pas l'œuvre d'un caprice irréfléchi, nous devons en conclure que les cas auxquels s'appliquent les condictions dérivent d'un principe simple et général, que l'on suppose tacitement sans l'exprimer.

(*c*) Gajus, IV, § 18—20.
(*a*) Appendice XIII, num. XI, XII.

Des auteurs modernes ont posé un principe qui, au premier abord, semble se recommander comme applicable aux deux espèces d'action (*b*). Ils disent que tout acte juridique unilatéral est *stricti juris*, et que tout acte bilatéral est *bonæ fidei*. Mais si nous considérons l'intention et l'attente naturelle des parties, le prêt ne nous paraît pas plus unilatéral que le commodat ou le dépôt (*c*). Au commencement de ces trois actes juridiques, une des parties donne quelque chose; à la fin, l'autre partie doit rendre quelque chose; et elle peut être actionnée si elle ne le fait pas volontairement. Les parties ont de tout cela une idée très-claire. Sans doute le commodat et le dépôt peuvent donner lieu à une *contraria actio*; le prêt ne le peut pas (*d*). Mais les parties, à moins

(*b*) Ainsi, par exemple, Gans, Obligationenrecht, p. 15—18, où néanmoins ce principe est combiné avec plusieurs autres.

(*c*) Ici l'ambiguïté des termes cache et trahit la confusion des idées. On peut, en effet, appliquer ces expressions, 1° aux conséquences matérielles de l'acte, aux avantages que doit en retirer une des parties, ou l'une et l'autre partie. Sous ce point de vue, le commodat, sauf de rares exceptions, est à l'avantage exclusif du commodataire, le dépôt à l'avantage exclusif du déposant; la vente, le contrat de louage, de société, l'échange, sont à l'avantage des deux parties; le prêt profite aux deux parties ou à une seule, selon qu'il est fait avec ou sans intérêts; or, tel ne peut être évidemment le caractère distinctif des *b. f. contractus*. 2° On peut appliquer ces expressions aux conséquences juridiques des actes, c'est-à-dire aux actions qu'ils engendrent, et voilà la seule chose dont il s'agit ici. — Quand on considère l'essence des actes juridiques, on en trouve une classe spéciale ayant le caractère de l'échange, c'est-à-dire, que chacune des parties fait une prestation pour en recevoir une autre : la vente, par exemple. Mais les limites de cette classe d'actes ne concordent nullement avec celles des *b. f. contractus*.

(*d*) Il ne faudrait pas croire que la *contraria actio* soit de sa nature incompatible avec le prêt. Sans doute, il ne peut être ici question, comme pour le commodat ou le dépôt, des dépenses faites pour la conservation de la chose. Mais quand on fait un prêt d'argent, il peut se trouver dans la somme des pièces fausses ou des pièces étrangères dont le change entraîne une perte. L'emprunteur n'est tenu que de restituer des pièces de même nature, et, dans le cas proposé, il ne saurait mieux faire que de rendre *in specie* les pièces fausses ou étrangères; alors il n'y a pas de *contraria actio*; mais il pourrait

d'êtres jurisconsultes, ne pensent guère à ce résultat exceptionnel, qui dépend de circonstances accidentelles étrangères à l'acte lui-même; aussi cette différence ne s'explique pas par l'intention ordinaire et vraisemblable des parties, mais par cette latitude d'appréciation établie pour les *b. f. contractus*, qui permet à l'*arbiter* de prendre en considération les exceptions non exprimées dans la formule. C'est en ce sens que les *b. f. contractus* sont bilatéraux. Si donc on cherchait dans cette circonstance la base et la délimitation des *b. f. actiones*, on pourrait aussi traduire cette pensée par la formule suivante : la libre appréciation d'un acte juridique (susceptible de devenir bilatéral accidentellement existe pour tous les actes où cette libre appréciation est admise.

On a encore essayé de ramener la distinction des condictions et des *b. f. actiones* à un autre principe, mais beaucoup moins spécieux que le précédent. Les actions *bonæ fidei* sont, a-t-on dit, celles fondées sur l'équité naturelle (le *jus gentium*); les actions *stricti juris* sont celles établies par une prescription arbitraire du droit positif (*e*). Cette assertion ne supporte pas l'examen. Rien de plus conforme à l'équité naturelle que la restitution de l'argent prêté (*f*), et néanmoins l'action résultant du prêt est certainement *stricti juris*. Le *nudum pactum* lui-même crée une obligation d'après le *jus gentium* (*g*), et l'on ne comprend pas pourquoi elle serait entravée ou affaiblie par la forme de la stipulation; et

très-bien en avoir une pour la perte résultant du change. Sans doute, dans le cas de fraude, il aurait la *doli actio*; mais cette action, fondée sur un délit, n'est point intimement liée à l'acte juridique.

(*e*) Glück, vol. XIII, p. 8.

(*f*) Gajus, III, § 132. On reconnait aussi expressément que la *condictio sine causa*, etc., dérive du *jus gentium*. L. 25. de act. rer. amot. (XXV, 2).

(*g*) L. 84, § 1, de R. J. (L. 17), L. 5, § 2, de solut. (XLVI, 3, L. 7, § 4, de pactis (II, 14).

néanmoins l'action résultant de la stipulation est *stricti juris*. Si l'on appliquait rigoureusement cette doctrine, il ne resterait plus guère comme actions *str. j.* que celles ayant pour objet une peine pécuniaire; or, celles-ci ne sont jamais appelées *stricti juris actiones* ou *condictiones*.

IV.

Si nous considérons les cas auxquels s'appliquent incontestablement des condictions, ils nous apparaissent au premier abord comme très-variés; néanmoins, il se ramènent à un principe très-simple, dont la force organique s'est ainsi développée presque sans l'intervention du législateur. On ne trouve qu'un fort petit nombre d'additions, toutes positives, qui ne se rattachent pas à ce principe; puis elles sont si peu importantes et si clairement désignées dans les sources comme des exceptions, qu'elles confirment la vérité du principe, loin de la rendre douteuse.

Pour découvrir ce principe, je vais analyser un acte juridique, qui certainement engendre une condiction, je veux dire le prêt, et je le prends comme point de départ de notre recherche. Si l'on critiquait ce point de vue comme exclusif et arbitraire, je répondrais que cette méthode est précisément celle adoptée par les sources du droit, car elles placent le prêt en tête de la matière des condictions.

Dans le Digeste, le premier titre du douzième livre est intitulé : De rebus creditis, si certum petatur, et de condictione (*a*). Cette inscription nous montre le lien intime qui unit les condictions en général au contrat de prêt en particulier. Le titre presque tout entier parle du prêt, et, sauf quelques

(*a*) Les variantes de cette rubrique ont peu d'importance, du moins pour la question qui nous occupe. Dans le Dig. vetus ed. Jenson s. a. et ed. Koberger, 1482, on lit : *petatur* et de *certi* condictionne. Ed. Ven. 1484, *petatur* sans certi.

exceptions, du prêt d'argent (*b*); on y trouve aussi mêlés quelques textes ayant pour objet la nature générale des condictions. Ce titre sert d'introductions à la matière des condictions, qui occupe deux livres.

De même, au Code, le second titre du quatrième livre entame la matière des condictions; il a pour inscription : Si certum petatur, et le titre entier ne renferme que des constitutions relatives au prêt d'argent.

Ainsi, lorsque je considère le prêt comme base des condictions, et que là je cherche à en découvrir l'essence, je suis précisément la marche tracée par les sources du droit romain.

V.

Examinons ce qui se passe quand on fait un prêt d'argent. Le nom de pecunia *credita* nous montre comme caractère spécial de ce contrat un plus haut degré de confiance; de là aussi le nom de *creditor* donné au prêteur (*a*). Ce point de vue est tellement naturel qu'en français le nom de *créancier* a été adopté tant dans le langage ordinaire que dans celui des jurisconsultes. Aussi le titre cité du Digeste

(*b*) L. 9, L. 24, de reb. cred. (XII, 1).

(*a*) Dans l'origine *creditor* et *creditum* s'appliquaient au prêt d'argent; ensuite on employa ces expressions, à défaut d'autres, pour rendre l'idée abstraite de prestation; et ce dernier sens est devenu plus usuel. L. 10, de V. S. (L. 16). «. . . . Sed *et si non sit mutua pecunia*, sed contractus, creditores accipiuntur. » L. 11, eod. « Creditorum appellatione *non hi tantum* accipiuntur, *qui pecuniam crediderunt;* sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur. » L. 12, pr. eod. Ces oppositions font très-bien ressortir le sens propre et originaire du mot, et elles nous montrent comment on a été amené par la nécessité à le prendre ordinairement dans une acception plus étendue. — De même dans la L. 5, § 3, de O. et A. (XLIV, 7). Voy. plus bas, num. VII, b. — La même idée, mais exprimée différemment, se trouve dans la L. 20, de jud. (V, 1). » Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est... *quamvis non ex crediti causa debeatur.* »

commence d'une matière très-caractéristique par une recherche sur la signification du mot *credere*, et ce mot exprime notre confiance en autrui (*b*). Mais quel est le contenu proprement dit de cette confiance?

La confiance est en général la base de toutes les transactions sociales; mais comme ici on y attache une importance toute particulière, il faut que cette confiance ait une nature exceptionelle, que les considérations suivantes vont mettre en évidence.

Celui qui remet à titre de dépôt, entre les mains d'un autre une somme d'argent dans une bourse cachetée se fie à la loyauté du dépositaire; mais, cette loyauté admise, le sort des biens de ce dernier peut lui être indifférent. En effet, lors même que le dépositaire serait réduit à la pauvreté, la bourse cachetée se retrouverait toujours, et serait sauvée par la revendication du propriétaire. Mais si la même somme est donneé à titre de prêt, il en est tout autrement; car si l'emprunteur loyal devient insolvable, la somme est perdue pour le prêteur. Le danger auquel s'expose le prêteur, indépendamment de la loyauté de l'emprunteur, vient de ce que le prêteur aliène la propriété de l'argent, et renonce ainsi à être protégé par la revendication.

Les applications suivantes nous prouvent que ce changement est en réalité le motif et la condition de la *condictio*. Ainsi, quand celui qui reçoit de l'argent n'en acquiert pas la propriété, il n'y a point de *condictio* (*c*). Si, d'après la volonté du donateur, la transmission de la propriété ne

(*b*) L. 1, de reb. cred. (XII, 1). « ... credendi generalis appellatio est... nam cuicumque rei adsentiamur, *alienam fidem secuti*, mox *recepturi* quid ex hoc contractu credere dicimur. »

(*c*) L. 2, § 2, de R. C. (XII, 1). — A cela se rattache aussi l'expression *æs alienum*, L. 213. § 1, de V. S. (L. 16). *Æs* alienum est, quod nos aliis debemus; c'est-à-dire l'argent tiré du patrimoine d'un autre pour devenir notre propriété, et qui doit retourner à ce patrimoine.

s'opère pas au moment de la tradition, mais à une époque postérieure, la *condictio* ne prend naissance qu'à cette dernière époque (*d*). Si l'acquisition de la propriété, manquant dans l'origine, résulte plus tard de la consommation de l'argent, la *condictio* prend aussitôt naissance (*e*). Ainsi, partout la *condictio* nous apparaît comme suppléant à la perte de la revendication (*f*), et cette exclusion réciproque se montre encore dans d'autres rapports de droit que le prêt (*g*).

Les expressions de la *formula* viennent confirmer cet enchaînement des idées. Dans le prêt, l'*intentio* a pour objet un *dare* oportere, c'est-à-dire la transmission de la propriété; mais tant que, par un motif quelconque, le donateur n'a pas perdu la propriété, il est impossible de la lui attribuer : dans cette position, il ne peut réclamer un dare oportere, c'est-à-dire avoir une condiction (*h*). C'est le même motif qui rendait impossibla la stipulation avec la formule *dare mihi spondes?* lorsque le créancier avait déjà la propriété de la chose promise (*i*).

(*d*) L. 8. L. 9, § 9, de R. C. (XII, 1).

(*e*) L. 13, pr. § 1, de R. C. (XII, 1), L. 29, de cond. ind. (XII, 6), § 2, J. quib. alien. (II, 8).

(*f*) L. 11, § 2, de R. C. (XII, 1), L. 29, de cond. ind. (XII, 6), § 2, J. quib. alien. (II, 8).

(*g*) L. 22, § 2, de pign. act. (XIII, 7), L. 15, de cond. causa data (XII, 4), L. 3, C. de cond. ex lege (IV, 9), L. 5, § 18. de don. int. vir. (XXIV, 1).

(*h*) Gajus, IV, § 4, § 14, J. de act. (IV, 6). Dans les Institutes de Justinien cette remarque est sans doute déplacée, car elle n'a de sens que pour la *formularum conceptio* depuis longtemps abolie. — Je parlerai plus bas de l'exception relative à la *condictio furtiva*.

(*i*) Gajus, III, § 99, § 2, J. de inut. stip. (III, 19), L. 1, § 10, de O et A. (XLIV, 7), L. 82, pr. de V. O. (XLV, 1). En effet, d'après la phraséologie rigoureuse du droit, notamment dans les stipulations et dans l'*intentio* d'une action, l'expression rem *dare* désigne la transmission immédiate de la propriété romaine; or, cette transmission est impossible si la chose appartient déjà à celui qui stipule. L. 75, § 10, de V. S. (L. 16), L. 167, pr. de R. J. (L. 17).

Jusqu'ici, pour plus de clarté, je n'ai parlé que du prêt d'argent; mais tout ce que j'ai dit s'applique au prêt d'autres choses fongibles, telles que le blé, le vin, l'huile, etc. Ces cas sont plus rares et offrent moins d'intérêt pratique; aussi sont-ils moins souvent mentionnés dans les sources. En effet, le besoin qui, dans la vie réelle, pourrait motiver ces emprunts, est souvent mieux satisfait par un achat, que facilite un prêt d'argent, que par un emprunt en nature. Néanmoins, il y avait en droit romain une règle particulière pour les cas de cette espèce, comme je l'expliquerai plus bas.

Je dois dès à présent prévenir une objection que l'on pourrait me faire. La *fiducia* a cela de commun avec le prêt, que la *propriété* est confiée à un autre qui doit la restituer (*k*). D'après ma doctrine, la *fiducia* devrait engendrer une condiction, et cependant elle donne lieu à une *bonæ fidei actio* (Appendice XIII, num. XII). Voici la réponse à cette objection. La *fiducia* engendre deux actions entre lesquelles peut choisir le demandeur, une condiction, d'après les principes posés ici; une *b. f. actio*, qui en même temps était *arbitraria*, et offrait au demandeur le seul moyen d'obtenir la restitution en nature (§ 221), restitution à laquelle il avait un droit incontestable, s'il la préférait. Ce

De même aussi *usumfructum* ou *servitutem* dare désigne l'établissement complet de l'usufruit ou de la servitude au moyen d'une *in jure cessio*. L. 19, de S. P. R. (VIII, 3). L. 126, § 1, L. 136, § 1, de V. O. (XLV, 1), L. 3, pr. de O. et A. (XLIV, 7). Indépendammeot de cette signification technique, ce mot en a aussi une autre plus vulgaire (*juris verba* et *factum* daos L. 38, § 6, de V. O. XLV, 1), et alors *dare* désigne toute espèce de transmission. C'est aiosi que l'on trouve *operas* dare même dans les stipulatioos. (Marezoll, dans Linde's Zeitschrift, X, 250). D'après cette acception plus large, *dare usumfructum* pourrait dans uo testament s'appliquer à uo immeuble des provinces, quoique l'héritier fût seulement teou de délivrer la chose. L. 3. pr. de usof. (VII, 1).

(*k*) Gajus, II, § 59, 60.

cas est semblable à celui de la femme qui réclame une dot constituée par elle-même; elle peut choisir entre une condiction (*l*) et l'*actio rei uxoriæ* qui est *bonæ fidei*.

VI.

Au prêt, se rattachent immédiatement les cas où une chose ayant été confiée à un autre, sans transmission de la propriété, celui-ci de sa seule autorité détruit la propriété pour s'enrichir. Cet acte déloyal engendre une condiction aussi bien que le haut degré de confiance témoigné par le prêt; en effet, il serait contre nature que la mauvaise foi plaçât le débiteur dans une meilleure position que la confiance du créancier.

Cette règle est complétement développée à l'occasion du dépôt dont j'ai parlé plus haut (num. V). Celui qui confie une chose à titre de dépôt a la revendication, qui rend la condiction inutile et impossible. Mais quand le dépositaire dépense l'argent, consomme ou vend les choses fongibles qui lui étaient confiées, il détruit la revendication du propriétaire et celle-ci est remplacée par la condiction (*a*).

(*l*) L. 67, de j. dot. (XXIII, 3). De même tout étranger qui donne une dot a la condiction, s'il a eu soin d'exclure par un *pactum* la présomption de donation en faveur de la femme. L. 43, § 1, eod., L. 10. C. de pactis (II, 3), L. 1, C. de pactis conv. (V, 14).

(*a*) L. 13, § 1, depo. (XVI, 3). « Competit etiam condictio depositæ rei nomine, *sed non antequam quid dolo admissum sit :* non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, condictione obligari, *verum quod dolum malum admiserit*. » Le *dolus* est ici l'acte par lequel le dépositaire rend la revendication impossible et s'enrichit lui-même : on le cite comme exemple, parce qu'un semblable changement a rarement lieu sans fraude, néanmoins la fraude n'existe pas toujours. Si un banquier reçoit à titre de dépôt une bourse cachetée, et que cette bourse soit ouverte par mégarde et l'agent versé dans sa caisse, le déposant a certainement une *condictio*, mais il n'y a point là de *dolus*. Ainsi donc on a eu tort de prétendre que cette *condictio* est toujours *furtiva*. — De même dans la L. 33, eod. il s'agit d'une revendication et non d'une condic-

Le même principe est appliqué à d'autres cas semblables, mais en termes moins précis, et qui sans doute doivent être complétés par les prescriptions relatives au dépôt. Ainsi l'on dit que le commodat et le gage renferment un *credere* (*b*); cela signifie que ces contrats engendrent aussi une condiction, mais seulement après que la chose formant l'objet du contrat a été détruite; car sans cela la revendication originaire subsisterait et exclurait la condiction.

Ainsi encore, une condiction peut prendre naissance à l'occasion d'un mandat, d'une société, et d'autres contrats semblables, comme aussi à l'occasion d'une tutelle (*c*); mais alors il faut toujours supposer que l'argent ou les marchandises confiées par suite de ces différents actes juridiques ont cessé d'être la propriété du créancier, d'une manière abusive et contre sa volonté (*d*).

tion, parce que la chose existe encore. — L. 24, § 2, de reb. auct. jud. (XLII, 5). « aliud est enim *credere*, aliud *deponere*. » C'est-à-dire, le *deponere* n'est pas en soi un *credere*, et dès lors la base d'une condiction; mais il peut le devenir, comme l'exprime notre texte, par une convention spéciale des parties, ou bien encore par la fraude du dépositaire. — Ce contraste entre le *credere* et le *deponere* est reproduit dans la L. 4, de R. C. (XII, 1).

(*b*) L. 1, de R. C. (XII, 1). « . . . ideo sub hoc titulo Prætor et de commodato, et de pignore edixit. » L. 4, § 1, eod. « Res pignori data, pecunia soluta condici potest... » C'est-à-dire si la condition générale de la condiction existe; de sorte qu'il faut compléter ce texte par celui relatif au dépôt. (Note *a*.) Cf. num. XX, e.

(*c*) L. 28, § 4, de jurejur. (XII, 2). « .... forte si actionem mandati, negotiorum gestorum, societatis, ceterasque similes, jusjurandum exactum sit, *deinde ex iisdem causis certum condicatur* : quia per alteram actionem altera quoque consumitur. » La possibilité de la *condictio* est reconnue, pour le mandat, dans la L. 5, de exc. rei jud. (XLIV, 2); pour l'*actio depositi, commodati, tutelæ* dans la L. 5, de tutelæ (XXVII, 3); pour l'*actio mandati, neg. gestorum, tutelæ* et *b. f. actiones* semblables dans les L. 45, 46, 47, pr. pro socio (XVII, 2), pour l'*actio locati* dans les L. 34, § 2, de O. et A. (XLIV, 7), L. 46, pro socio (XVII, 2).

(*d*) Quand donc un mandataire ou un associé nous cause un dommage par sa négligence ou par sa légèreté, nous n'avons pas contre lui de *condictio*, mais seulement l'action résultant du contrat.

J'en dis autant de la *negiotorum gestio* (note *c.*). Ce cas se distingue des précédents, en ce que l'ancien propriétaire n'avait rien confié, pas même la possession, et que le gérant s'est attribué de son chef la possession et la propriété par lui détruite. Le motif de la condiction est le même que pour les cas énumérés précédemment.

On croit ordinairement qu'ici le demandeur peut choisir entre plusieurs actions conduisant au même but. Cette manière d'envisager la chose n'est pas exacte. Sans doute le résultat matériel des deux actions est quelquefois identique; mais souvent aussi la condiction ne porte que sur une petite partie de ce que l'on peut réclamer en vertu de la *b. f. actio*, et dans tous les cas, la base des deux obligations est entièrement différente (Cf. § 232).

VII.

Un développement ultérieur de notre principe existe dans les cas nombreux où un propriétaire transmet à un autre sa propriété, *non* en vue de lui confier quelque chose, mais par un motif erroné dès l'origine ou qui le devient plus tard. Les principaux cas de cette espèce peuvent être compris sous le nom général de *datum ob causam*, en supposant la *causa* comme fausse et non fondée (*a*). Tels sont les cas de la *condictio indebiti, ob causam datorum, sine causa, ob injustam causam*.

Dans tous ces cas, l'erreur remplace la confiance qui forme la base du prêt ; voilà pourquoi on lui applique le principe de *creditum*, et la *condictio* qui en est la conséquence. Cette relation intime n'est point imaginée ici dans l'intérêt de la doctrine que j'établis sur la nature des condictions; plusieurs

(*a*) Telle est effectivement la règle; mais la *condictio ob turpem causam* présente une anomalie, car l'erreur sur la *causa* est tantôt insuffisante, tantôt nécessaire pour motiver la *condictio*, suivant que la *turpitudo* peut ou ne peut pas être reprochée au donateur.

textes des sources le reconnaissent expressément au sujet de l'*indebitum*, celui de tous les cas mentionnés ci-dessus qui se rencontre le plus souvent (*b*).

Cette classe importante de cas auxquels s'applique la condiction est elle-même devenue la base d'un développement tout nouveau. En effet, cette transmission opérée par erreur d'une partie de notre patrimoine dans le patrimoine d'un autre, peut se concevoir non-seulement pour la propriété, mais aussi pour toute espèce de droit des biens. Cela ressort avec évidence des exemples suivants empruntés à la *condictio indebiti*, et qui sont également applicables à toutes les autres condictions énumérées plus haut. Ainsi, on conçoit qu'une obligation, supposée par erreur, détermine la constitution d'un usufruit ou d'une servitude prédiale, ou la renonciation à ces mêmes droits, et alors la condiction peut être employée pour rétablir les choses dans l'état primitif. Il en est de même lorsque l'on contracte une dette, ou que l'on transporte une créance, ou que l'on fait remise d'une dette, parce que l'on se croit directement obligé à ces actes, ou que l'on pense éteindre une dette, laquelle n'existe pas (*c*). Même un travail exécuté parce que l'on croit faussement y être tenu, peut motiver la condiction, si ce travail a une valeur vénale appréciable et peut ainsi se ramener à une somme d'argent, qui fait alors l'objet de la réclamation (*d*).

(*b*) L. 5, § 3, de O. et A. (XLIV, 7). « Is quoque qui non debitum accipit per errorem solventis, *obligatur quidem ex mutui datione, et eadem actione tenetur*, qua debitores creditoribus... » De même Gajus, III, § 91, § 1, J. quib. modis re (III, 14, § 6, J. de oblig. quasi ex contr. (III, 27). Tous ces textes sont empruntés à Gajus.

(*c*) L. 4, § 10, de cond. causa data (XII, 4), L. 1 pr. § 1, 2, de cond. sine causa (XII, 7), L. 5, § 1, de act. emti (XIX, 1).

(*d*) L. 26, § 12, de cond. indeb. (XII, 6).

VIII.

La condiction peut encore s'exercer quand un de nos biens est devenu, sans notre consentement, la propriété d'un autre, soit par le fait de celui-ci, soit par une circonstance accidentelle. Voici les cas de cette espèce :

J'ai la revendication contre le possesseur de ma chose; mais dès qu'il cesse de la posséder, en principe, je n'ai aucune action. Si, néanmoins, il a vendu la chose acquise ainsi gratuitement et s'est enrichi par cette vente, que plus tard la chose ait péri, et qu'ainsi je n'aie plus de revendication contre le tiers détenteur, j'ai contre le vendeur une condiction en restitution de la somme dont il s'est enrichi (*a*).

Il en est de même si l'enrichissement résulte, non de la vente, mais de la consommation de ma chose : si, par exemple, un possesseur de mauvaise foi consomme les fruits d'un de mes domaines (*b*).

La *condictio sine causa* applicable en pareilles circonstances embrasse donc différentes espèces de cas : ceux résultant de la volonté libre du demandeur actuel, c'est-à-dire

(*a*) L. 23, de R. C. (XII, 1).

(*b*) L. 4, § 2, fin. reg. (X, 1), L. 22, § 2, de pign. act. (XIII, 7), L. 18 de except. (XLIV, 1), L. 55, in f. de cond. ind. (XII, 6), L. 4, § 1, de reb. cred. (XII, 1), L. 3, C. de cond. ex lege (IV, 9). — De même si ma pourpre a servi à teindre l'étoffe d'un autre et n'existe plus séparément, j'ai contre le voleur une *condictio furtiva*, contre le possesseur de bonne foi enrichi à mes dépens une *condictio* (*sine causa*), § 26, J. de rer. div. (II, 1), Gajus, II, § 79. (On ne comprend pas comment Théophile donne aussi la *condictio furtiva* contre le possesseur de bonne foi. Les mots : *a quibusdam* aliis possessoribus s'expliquent par les principes établis dans ce numéro du texte : *quidam* sont précisément ceux enrichis *sine causa*.) — L. 4, § 2, de R. C. (XII, 1). « Ea quæ vi fluminum importata sunt, condici possunt. » Cela s'entend des choses qui ne peuvent plus être revendiquées comme existant séparément, mais qui enrichissent le propriétaire du sol.

d'un *datum* (num. VII). et ceux amenés par des circonstances accidentelles, ou par le fait du défendeur (*c*).

Si, maintenant, nous embrassons d'un coup d'œil tous les cas de condictions énumérés jusqu'ici, nous y voyons le principe se développer progressivement de la manière suivante. Le cas primitif de la condiction est celui où un propriétaire, en confiant sa chose à une autre, augmente les biens de celui-ci (num. V). — Vient ensuite le cas où celui auquel la possession a été confiée augmente ses biens en s'attribuant de son chef la propriété (num. VI). — Puis vient le cas où l'extension des biens s'opère avec le consentement de l'ancien propriétaire, consentement toutefois déterminé non par la confiance, mais par l'erreur, et alors l'erreur a tous les effets de la confiance (num. VII).— Enfin les mêmes effets se produisent lorsque quelqu'un s'enrichit aux dépens d'un autre sans motifs et par une circonstance accidentelle (num. VIII) (*d*).

Tous ces cas ont donc pour caractère commun l'extension d'un patrimoine par la dimunition d'un autre, et cela sans cause ou par suite d'une cause qui a cessé d'exister. La plupart, et les plus importants, ayant pour base un acte libre du propriétaire primitif, et les autres cas se rattachant à

(*c*) C'est ce qu'indique la L. 1, § 3, de cond. sine causa (XII, 7). « Constat id demum posse condici alieni, quod vel non ex justa causa ad eum *pervenit*, vel redit ad non justam causam. » L'expression est tellement générale qu'on ne voit pas si le *pervenire* s'est opéré avec ou sans le consentement du propriétaire originaire. Il en est de même dans la L. 6, de cond. ob turpem (XII, 5), et dans la L. 25, in f. de act. rer. amot. (XXV, 2).

(*d*) Ici nous voyons un développement régulier des principes. Après la condiction résultant de la propriété confiée (num. V), vient la condiction résultant du dépôt, quand le dépositaire s'attribue la propriété de la chose par sa volonté seule (num. VI). De même après la *condictio sine causa* résultant d'une donation faite par erreur (num. VII), vient la condiction *sine causa* fondée sur ce qu'un individu s'enrichit par sa seule volonté aux dépens d'un autre, sans donation antérieure (num. VIII).

ceux-ci par une affinité intime, on peut dire que les condictions reposent sur un *datum*. On peut dire aussi qu'elles reposent sur le fait qu'un autre s'enrichit sans motifs à nos dépens, pourvu que l'on renferme l'idée d'enrichissement dans les limites de ce rapport spécial. Ainsi il faut que la *causa* qui transmet un bien d'un patrimoine dans un autre cesse d'exister ou n'ait jamais existé ; c'est ce qui arrive pour le prêt réclamé, ou pour un *indebitum* payé par erreur. Dans le cas, au contraire, d'une vente faite à bon marché, l'acheteur s'enrichit aux dépens du vendeur ; mais il n'y a rien de défectueux dans la *causa*, car l'erreur porte, non sur la *causa*, c'est-à-dire le motif juridique du contrat, mais sur l'appréciation de la valeur vénale, qui est en dehors du domaine du droit. Cela est plus évident encore dans la donation, qui toujours enrichit le donataire, et qui, d'ailleurs, peut être déterminée par un caprice ou par des motifs erronés, d'où l'on pourrait vouloir induire un *datum sine causa* (un enrichissement sans motifs.) Mais ici le seul élément juridique est l'intention de donner, la *donationis causa*, et cette intention n'est nullement défectueuse, malgré l'erreur touchant les motifs du donateur, car ces motifs n'ont aucun point de contact avec le domaine du droit.

D'un autre côté, il faut que la chose qui enrichit le défendeur ait réellement fait partie des biens de celui qui invoque la condiction (*e*).

IX.

Un autre cas auquel la *condictio* s'applique incontestablement est l'ancienne *literarum obligatio* ou *expensilatio*. En effet, lorsque Justinien substitue, d'une manière assez impropre, la nouvelle *literatum obligatio* à l'ancienne, et qu'il

(*e*) L. 55, de cond. ind. (XII, 6), où cette opposition est très-bien marquée, surtout à la fin du texte.

lui donne pour effet la *condictio*, il veut évidemment placer les deux institutions sur la même ligne, et justifier ainsi le rang qu'il assigne à la nouvelle (*a*). — Cicéron également assimile l'*expensilatio* au prêt d'argent et à la stipulation, quand il dit que ces trois actes juridiques peuvent seuls engendrer une *certi petitio*, et telle est précisément l'action désignée dans les sources du droit sous le nom de *certi condictio* (*b*). — Dans un autre endroit, Cicéron raconte l'histoire d'un contrat de vente où le vendeur avait trompé l'acheteur. Aucun moyen de venir en aide à l'acheteur, dit Cicéron, parce qu'alors Aquilius n'avait pas encore introduit la *doli exceptio*. On ne comprend pas pourquoi l'acheteur n'était pas protégé par l'*actio emti* (s'il était demandeur) ou *venditi* (s'il était défendeur), puisque cette action est *bonæ fidei*. Mais Cicéron, après avoir raconté la vente elle-même, ajoute. « *Nomina facit*, negotium conficit. » Ainsi donc on n'exerçait pas contre l'acheteur l'*actio venditi*, mais la *condictio* résultant de l'*expensilatio*, et la condiction était *stricti juris* (*b*[1].) — Enfin nous trouvons au Digeste une trace certaine de cette efficacité de l'ancienne institution (*c*).

Au premier abord, ce cas ne paraît pas se rattacher au prêt, que j'ai représenté plus haut comme base des condictions. En effet, le créancier donne à l'emprunteur la propriété d'une somme d'argent, afin de recevoir plus tard la même somme ; l'*expensilatio*, au contraire, ne transfère au-

(*a*) Pr. J. de lit. oblig. (III, 21). « .... Sic fit, ut hodie... scriptura obligetur, *et ex ea nascitur condictio...* »

(*b*) Appendice XIII, num. XI, *a*.

(*b*[1]) Cicero de Officiis, III, 14. — Cf. Appendice XIII, num. XVI.

(*c*) De ann. leg. (XXXIII, 1). « Cum in annos singulos quid *legatum* sit... sicuti ex *stipulatione*, *aut nomine facto* petatur. » Or il est certain que les stipulations et les legs donnaient lieu à des condictions. Au reste, la mention des anciens *nomina* n'est qu'une inadvertance des compilateurs. Cf. num. X, *h*, le passage que je cite de la L. 3, § 3, de Sc. Mac. (XIV, 6).

cune propriété qui plus tard puisse être rendue; la prestation future est une chose entièrement nouvelle, dont la nécessité résulte uniquement de la volonté des parties exprimée dans une certaine forme.

Et néanmoins le lien intime ne saurait être méconnu.

Gajus décrit l'*expensilatio*, comme la forme servant à constituer une espèce particulière d'obligations. Ainsi, lorsque sur mon registre domestique contenant toutes mes affaires d'argent je porte un *expensum*, c'est-à-dire une somme d'argent payée à un autre, cette somme a été prêtée réellement ou elle ne l'a pas été (*d*). Dans le premier cas, l'inscription sur mon registre n'a aucun effet spécial, car, indépendamment de toute inscription, le prêt aurait engendré la même obligation (*e*). Dans le second cas, il en est tout autrement, car la seule inscription engendre une obligation indépendante, c'est-à-dire une *condictio*, semblable à celle qui résulte d'un prêt ou d'une stipulation (*f*). Cela se faisait dans un double but. D'abord, afin de donner cette nature rigoureuse à une dette résultant d'un achat, d'une location, d'une société, etc., en d'autres termes pour transformer la *b. f. actio* en une *condictio* (*g*). Ensuite, afin de transporter une dette d'un débiteur à un autre; et pour cela on porte comme payée au nouveau débiteur, mais avec son consentement, une somme qu'il n'a pas reçue (*h*).

(*d*) Sur les anciens registres domestiques (codices expensi, accepti), voy. surtout Cicero, pro Roscio com. C. 2, 3, 5; in Verrem, I, 23, 86; pro Cluentio, C. 14, 30. Ce sujet est traité avec détails dans Savigny, Literalcontrat, Memoiren der Berliner Academie (1816).

(*e*) Gajus, III, § 131.

(*f*) Gajus, III, § 128.

(*g*) Gajus, III, § 129. « A re in personam transcriptio fit, quod modo ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, *id expensum tibi tulero.* »

(*h*) Gajus, III, § 130. « A persona in personam transcriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, *tibi id expensum tulero*, id est si Titius te delegaverit mihi. »

Maintenant, qu'y a-t-il d'essentiel dans ces actes qui nous apparaissent d'abord comme de vaines formalités? Si la somme que j'inscris comme payée l'eût été réellement, non pour en faire donation ou pour transporter une dette, mais afin de me faire rendre plus tard une pareille somme, cet acte eût été sans contredit un prêt d'argent. Or, la somme n'étant pas payée, mais inscrite comme payée, l'inscription a évidemment pour but :

D'imprimer à un rapport de droit, par la seule volonte des parties, le caractère d'un prêt d'argent. Maintenant, comme l'effet spécial de l'*expensilatio* est une *condictio*, et que l'emploi de cette forme artificielle n'a pas d'autre intérêt, par là se trouve pleinement confirmée l'assertion énoncée plus haut que le prêt doit être considéré comme la base véritable et comme la condition de l'application des condictions.

Ainsi donc, on ne saurait mieux définir l'*expensilatio* qu'en l'appelant un prêt d'argent fictif. L'*expensilatio* n'existe plus en droit Justinien; et quand cet empereur lui substitue une nouvelle *literarum obligatio* (qui, en réalité, est le titre ordinaire de créance après la prescription de l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*), et en fait résulter une condiction (note *a*), ce n'est pas là une institution nouvelle qui étende le domaine des condictions. Car, dans tous les cas de cette espèce, la condiction existe dès l'origine (le plus souvent comme résultat d'un prêt), et l'innovation introduite par la prescription ci-dessus mentionnée porte, non sur la nature même des rapports de droit, mais sur la preuve du fait litigieux. Ainsi, on ne doit pas croire que cette prescription substitue à l'ancienne condiction résultant du prêt une condiction nouvelle résultant de l'acte écrit; ce serait là un point de vue forcé et stérile, et rien ne justifie une interprétation aussi littérale des expressions employées par Justinien.

X.

La stipulation, c'est-à-dire le contrat formé par l'accord d'une question et d'une réponse orale, était plus importante encore, puisque les Romains n'avaient pas d'autre forme générale pour rendre une convention quelconque susceptible d'être portée devant les tribunaux (Appendice XIII, num. XI). Maintenant il n'est pas douteux que toute stipulation entraînait une condiction (*a*). Cela semble contredire le principe fondamental par moi posé sur la nature des condictions, car la condiction a pour objet une prestation nouvelle, non une restitution, et dès lors paraît n'avoir, avec le prêt, aucune analogie.

Cependant l'analogie est la même que pour la *literarum obligatio*. En effet, si celle-ci est l'engagement volontaire *écrit* de se soumettre à toutes les conséquences résultant de la nature du prêt, la stipulation est un engagement volontaire *oral* du même genre. Ces deux actes servent à produire artificiellement, quand on le veut, les effets naturels du prêt, et tous deux peuvent se définir comme un prêt fictif. Voici la preuve de cette assertion.

Paul dit dans la L. 2, § 5. de C. R. (XII, 1) :

Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione (*b*).

Cette remarque se trouve à la fin d'une série de considérations (L. 1, 2, eod.) sur l'essence du *credere*, comme base

(*a*) L. 3, § 3, L. 24, de R. C. (XII, 1), pr. J. de V. O. (III, 15). — Je réfuterai plus bas l'objection que l'on pourrait tirer du nom de l'*actio ex stipulatu*.

(*b*) Voici une explication de ce texte proposée récemment, mais beaucoup trop forcée pour que l'on puisse l'admettre. On dit que le *credere* n'est pas ici l'acte du *stipulator*, mais bien du *promissor*, et que celui-ci se rendant débiteur par la stipulation, distrait ce *nomen* de ses biens et le confie à l'autre partie. Liebe, Stipulation, p. 364.

des coudictions. Maintenant, que veut dire ici verbis *credimus?* Par là on pourrait entendre cette confiance générale en la loyauté d'un autre, confiance qui ne peut manquer absolument dans aucun contrat. Ainsi elle existe pour la vente et le louage, et cependant on ne dit jamais : *consensu credimus*, et même rien de plus certain que l'exécution de ces deux contrats ne donne jamais lieu à une condiction. Le dépôt implique une plus grande confiance encore dans le dépositaire; néanmoins, tant que la chose n'est pas consommée, la condiction n'est pas admise, et l'on dit même expressément : « *aliud* est enim credere, *aliud* deponere. » (num VI, *a*). Ainsi donc, Paul prend ici *credere* dans un sens plus énergique, qui assimile la stipulation au prêt et la distingue des contrats consensuels, et cela n'est possible que si mon assertion est exacte. Le sens de notre texte deviendra encore plus évident si l'on complète la pensée de l'auteur de la manière suivante : *Literis quoque credimus*, si id quod ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis nobis debeatur, expensum tulerimus (*c*).

Cette interprétation est confirmée par deux textes, l'un de Scœvola, l'autre d'Ulpien. Le Sc. Macedonianum portait littéralement, qu'on n'accorderait aucune action à celui « qui filiofamilias mutuam pecuniam *dedisset* » (*d*). D'où les jurisconsultes avaient formulé cette règle : « filiofamilias *credi non licere*. » Maintenant Scœvola dit que si la stipulation a été faite sous l'empire de la puissance paternelle, mais que l'argent ait été compté depuis sa dissolution, le sénatus-consulte n'est plus applicable, bien que le mot *credi* puisse designer la stipulation même (*e*). — Ulpien (*f*) dit la même chose en

(*c*) Gajus III, § 129, s'exprime dans les mêmes termes.

(*d*) L. 1, pr. de Sc. Mac. (XIV, 6).

(*e*) L. 4, de Sc. Mac. (XIV, 6). « Quia, quod vulgo dicitur, filiofamilias *credi non licere*, non ad verba referendum est, sed ad numerationem, loi qui se lie au texte qui précède, L. 3, § 5, eod.

(*f*) L. 3, § 3, de Sc. Mac. (XIV, 6).

termes encore plus clairs, et son texte exprime la pensée suivante : le sénatus-consulte ne s'applique pas aux dettes en général, telles que celles résultant d'un achat ou d'une location, ni à tous les cas compris dans la signification véritable du mot *credere;* le sénat a reconnu que l'argent comptant donné au fils offrait seul des dangers pour la vie du père (*g*). Quand donc le fils, au moyen d'une *expensilatio* ou d'une stipulation, transforme en un *creditum* une dette contractée pour une aquisition, le sénatus-consulte cesse d'être applicable (*h*) ; car si dans ces deux cas *il existe une véritable dette pour prêt*, elle ne résulte pas d'une somme reçue comptant (*i*), la seule chose qui ait paru si dangereuse au sénat.

L'acte de *stipulator* était un véritable *credere* dans le sens technique du mot; c'est ce que dit directement Quintilien (*k*) et indirectement Gajus ; car celui-ci mentionne la stipulatio tertiæ partis à l'occasion de l'action de pecunia certa *credita* (*l*), et nous savons par Cicéron que cette *sponsio* embrassait les trois cas, adnumeratio, expensilatio, stipulatio (*m*), tous compris, dès lors, sous l'expression *credita* pecunia. — Dans un autre texte (III, § 124), le même Gajus dit qu'une L. Cornélia défend de cautionner pour plus de 20,000 sesterces : « vetatur in ampliorem summam obligari *creditæ pecuniæ*, quam in XX. milium. » Sur l'interpréta-

(*g*) « nam *pecuniæ datio* perniciosa parentibus eorum visum est. »

(*h*) « et ideo *et si in creditum abii* filiofamilias vel ex causa emptionis, vel ex alio contractu in quo pecuniam non numeravi, *et si stipulatus sim*... cessat senatus-consultum. »

(*i*) « *licet cœperit esse mutua* pecunia, tamen quia pecuniæ *numeratio* non concurrit, cessat senatus-consultum. »

(*k*) Quintilian. L. IV, C. 2, pr. 319, ed, Burmann. « certam *creditam* pecuniam peto *ex stipulatione*. » Sur les différentes rédactions dont la formule était susceptible, voy. num. XXXII.

(*l*) Gajus, IV, § 171. « ex quibusdam causis sponsionem facere permittit, velut de pecunia certa credita... sed certæ quidem creditæ pecuniæ tertiæ partis. » Cf. IV. § 13.

(*m*) Cicero, pro Roscio comœdo, C. 4, 5.

tion de cette prohibition il fait deux remarques; d'abord : « pecuniam autem *creditam* dicimus non solum eam, quam credendi causa *damus*, sed omnem, quam certum est debitum iri, » et ainsi se trouve comprise dans la loi la pecunia promise par une stipulation. Ensuite : « Appellatione autem *pecuniæ* omnes res *in ea lege* significantur, » et il cite comme exemple du vin, du blé, un immeuble, un esclave. Ici évidemment Gajus représente l'extension donnée au sens de *pecunia* comme particulière à cette loi; mais *credere* appliqué à la stipulation, comme le langage ordinaire du droit.

Cette signification du mot *credere* jette un jour tout nouveau sur deux passages de la *Lex Galliæ Cisalpinæ*, cap. XXI, XXII, où on lit d'abord : pecunia certa credita *signata forma publica populi Romani*, et plus loin: quid præter pecuniam certam creditam *signatam forma publica populi Romani*. Si elle eût dit seulement : pecunia certa credita, d'après les textes cités plus haut, cela aurait dû comprendre toute dette résultant d'une *expensilatio* ou d'une stipulation. Comme on voulait soumettre à une régle spéciale la dette résultant d'un prêt fait en argent comptant, en argent monnayé, ces expressions reportent la pensée sur l'objet sensible qui forme la base de l'obligation. L'emploi de cette circonlocution prouve que la signification technique de *credita* pecunia était beaucoup plus large que le cas particulier dont on s'occupait ici. Cette addition avait donc le même but que l'expression *adnumerata* pecunia, que Cicéron oppose à expensa lata et stipulata, et qu'il choisit à dessein au lieu du mot *credita*.

L'expression pecunia *certa* credita que l'on retrouve souvent, prouve déjà que *credita* pecunia, outre le prêt, doit aussi désigner la stipulation. Appliquée au prêt seulement, cette expression eût été un pur pléonasme, car de l'argent prêté est toujours une somme certaine (*n*). L'épithète *certa* n'a de

(*n*) On ne saurait objecter que l'on peut avoir assez de confiance en l'em-

sens que par rapport à la stipulation, qui peut avoir pour objet tantôt une *certa*, tantôt une *incerta* pecunia.

D'autres arguments viennent confirmer ce que j'ai dit ici sur la nature de la stipulation. Je me contenterai de les indiquer, parce que je les ai développés ailleurs (*o*). L'étymologie la plus ancienne et la plus vraisemblable de *stipulatio* est *stips*, argent (*p*), de sorte que *stipulatio* signifie littéralement une affaire d'argent, ce qui ne peut s'expliquer d'une manière plausible que par la fiction d'une obligation fondée sur un prêt d'argent. — Ensuite cela s'accorde parfaitement avec l'origine probable de la stipulation. Les XII Tables avaient, en général, attribué au *nexum* force obligatoire, et de là la *nexi obligatio*, qui n'était autre chose qu'un prêt d'argent symbolique, comme la mancipation une vente symbolique, où figuraient l'argent et la balance. Quand plus tard la Lex Pactelia eut aboli la *nexi obligatio*, comme on ne pouvait se passer d'une forme générale de contrat, on retrancha de la *nexi obligatio* l'acte symbolique, mais on conserva la demande et la réponse orales. Cette nouvelle forme est celle de la stipulation, dont l'origine détermine ainsi le caractère juridique. Analogue au prêt, dont elle dérive, la stipulation engendre une condiction comme le prêt et l'*expensilatio*. Une allusion très-claire à ces faits historiques, et au motif du *credere* que renferme la stipulation, se trouve dans les termes de la L. 2, § 5 de R. C. citée plus haut. « *Quodam actu* ad obligationem comparandam interposito, *veluti* stipulatione. » Ces expressions générales *quodam actu* et la conjonction *veluti* montrent que la stipulation n'était pas le seul acte de cette es-

prunteur pour lui donner l'argent sans le compter; car le créancier qui ne peut indiquer aucune somme, même comme minimum, n'a pas d'action, et son seul recours est dans la bonne foi de son débiteur.

(*o*) Savigny, über das altromische Schuldrecht, Abhandlungen der Berliner Academie (1833).

(*p*) Varro, de lingua lat., lib. V, § 36; Festus, v. Stipem.

pèce ; or, nous n'avons d'autre cas à supposer que l'ancienne *nexi obligatio*, dont l'abolition nous est bien connue, et qui, peut-être, était plus clairement indiquée dans le texte original de Paul que dans celui du Digeste.

Voici encore une hypothèse très-conciliable avec l'ensemble des faits historiques que je viens d'exposer. Il se pourrait qu'avant la *L. Pœtilia* la *nexi obligatio*, transformée en stipulation, eût été autorisée pour les *peregrini* à Rome, et alors la *L. Pœtilia*, en abolissant, pour les Romains, la *nexi obligatio*, n'aurait fait qu'étendre jusqu'à eux la forme plus libre dont l'emploi était déjà permis aux *peregrini*. Le souvenir de l'ancienne distinction se conserva dans cette règle, que les citoyens romains pouvaient seuls faire usage de la formule *dari spondes? spondeo* (*q*).

XI.

Enfin le *legatum per damnationem* donne aussi lieu à une condiction, et ce motif diffère entièrement de ceux énumérés jusqu'ici. L'existence de la condiction est reconnue directement par plusieurs textes (*a*). Ensuite nous voyons très-souvent placer sur la même ligne les actions qui résultent de la stipulation et celles qui résultent d'un testament (*b*).

Cette application semble encore contredire le principe que j'ai posé comme base des condictions, car le légataire ne recouvre pas ce qu'il avait eu antérieurement, il fait une acquisition toute nouvelle. Néanmoins, on peut faire à cette

(*q*) Gajus, III, § 93.

(*a*) L. 9, § 1, de R. C. (XII, 1). « Competit hæc actio (c'est-à-dire la certi condictio) etiam ex legati causa. » — Gajus, II, § 204. « legatarius in personam agere debet, *id est intendere, heredem dare sibi oportere ;* » on verra plus bas que cela est une des principales formes de la condiction.

(*b*) L. 23, de V. O. (XLV, 1), L. 6, de in litem jur. (XII, 3), L. 27, de solut. (XLVI, 3), etc. Cf. Gans obligationenrecht, p. 31.

objection la même réponse que pour la stipulation, et même une réponse encore plus décisive.

La base de l'ancien testament civil était le *nexum*; c'est de là que tiraient leur force toutes les dispositions contenues dans le testament. L'héritier était donc considéré comme lié par une *nexi obligatio*; or, le légataire agissant en vertu de ce contrat, son action, de même que celle résultant d'une stipulation, devait avoir la nature de l'action du prêt, c'est-à-dire entraîner une condiction.

Nous avons même ici la preuve directe de cette corrélation. La *nexi liberatio* était le dégagement d'une obligation fondée sur une *nexi obligatio* (*c*). Or, la *nexi liberatio* était la forme de droit que devait employer le légataire qui voulait décharger l'héritier d'un *damnationis legatum* (*d*); l'obligation primitive de l'héritier envers lui reposait donc sur une *nexi obligatio*.

Cette origine des condictions, en ce qui touche les legs, ne s'applique directement qu'aux testaments civils; néanmoins, nous n'avons aucun motif de révoquer en doute l'admissibilité de la condiction pour les testaments prétoriens. Mais nous voyons qu'on ne se faisait aucun scrupule d'appliquer au testament prétorien les règles de droit fondées sur la nature du testament civil, nommément la nécessité de la *testamenti factio* en la personne du testateur, de l'héritier, des légataires et des témoins, bien qu'elle se rattachât primitivement à la forme de la mancipation.

XII.

Tous les cas que je viens d'énumérer se ramènent au principe général des condictions. Mais il y en a deux qui ne dé-

(*c*) Gajus, III, § 173.

(*d*) Gajus, III, § 175. D'après ce texte, on n'était pas d'accord sur la question de savoir dans quels cas la *nexi liberatio* s'appliquait au legs. Peut-être la controverse avait-elle pour objet la nature de la condiction à appliquer (*certi* ou *incerti*).

rivent pas de ce principe, et qui, dès lors, doivent être regardés comme des anomalies. D'abord la déviation est tellement restreinte qu'elle ne saurait faire suspecter la légitimité du principe; ensuite les Romains eux-mêmes reconnaissent la nature exceptionnelle du plus important de ces deux cas, ce qui confirme la règle au lieu de la détruire. Ces deux cas sont la *condictio ex lege* et la *condictio furtiva*.

Voici comment les Romains eux-mêmes caractérisent la *condictio ex lege :*

L. 1 de cond. ex lege (XIII, 2) (Paulus).

Si obligatio *lege nova* introducta sit, nec cautum eadem ege quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.

Les derniers mots du texte ne parlent pas expressément d'une condiction; mais l'inscription du titre prouve clairement que c'est cette action que désigne le mot *agendum*.

On ne saurait croire combien plusieurs auteurs ont abusé de ce nom. Toutes les fois qu'ils trouvaient un droit d'action sans pouvoir le ramener à une règle de droit reconnue, ils lui imposaient ce nom, et ils citaient le numéro et la rubrique du texte du Digeste destiné à établir l'existence du droit d'action (*a*). C'était là un moyen très-commode de désigner toutes les actions auxquelles on ne connaissait pas d'autre nom, et, par voie de conséquence, on leur appliquait indifféremment la dénomination de *actio in factum* (*b*), quoiqu'il existe à peine dans tout le droit romain une opposition aussi tranchée qu'entre ces deux espèces d'actions. Faisant ensuite application de cette méthode au droit moderne, on parlait de *condictio ex canone, ex statuto, ex moribus*. — J'ai à peine besoin d'observer que Paul avait uniquement en vue les actions fondées sur des décrets du peuple, et non celles établies par

(*a*) Ainsi, par exemple, la condictio ex L. 32, de reb. cred., appelée aussi condictio juventiana. Cf. Vol. III, § 136, f.

(*b*) Glück, vol. XIII, p. 238.

l'édit, ou résultant des interprétations des jurisconsultes; d'un autre côté, nous devons étendre son texte à toutes les actions introduites postérieurement par des décrets impériaux, et l'on verra, tout à l'heure, que dans plusieurs cas Justinien a fait expressément cette application.

XIII.

Paul ajoute que pour qu'il y ait lieu à la *condictio ex lege* il faut que l'action soit établie lege *nova*. Qu'elle est maintenant la limite des anciennes et des nouvelles *leges*, et la base de cettedistinction ?

Plusieurs ont dit que Paul entend tous les décrets du peuple postérieurs aux XII Tables (*a*) : ce qui exclurait les *furti actiones* établies par les XII Tables, et au contraire *l'actio L. Aquiliæ* devrait être appelée une *condictio ex lege*, bien qu'elle ne fût nullement une condiction comme on le verra plus bas (*b*). Paul avait sans doute en vue le grand changement introduit par la *L. Æbutia*, car alors l'édit du préteur créa des *formulæ* spéciales pour toutes les actions usuelles. De semblables *formulæ* furent certainement données alors pour toutes les actions fondées sur des décrets du peuple, antérieurs; mais quand, plus tard, un décret du peuple introduisit une action sans en spécifier la formule, on lui appliqua simplement la *condictio ex lege* c'est-à-dire l'*intentio : dare* (ou *dare facere oportere*), sans examiner si cette application était ou non conforme au principe général des condictions. En principe, un *oportere*, c'est-à-dire une obligation véritable,

(*a*) Glück, vol. XIII, p. 252.

(*b*) Personne ne m'objectera sans doute que la L. Aquilia ne donne pas lieu à la *condictio ex lege*, parce qu'elle détermine expressément le *genus actionis* à appliquer, c'est-à-dire, l'actio L. Aquiliæ. Si cela devait être regardé comme une détermination du *genus actionis*, il n'y aurait pas en général de *condictio ex lege* possible d'après les termes de Paul, car il n'y a aucun décret du peuple romain qui ne fût susceptible d'être ainsi désigné par le nom d'un individu.

d'après le *jus civile* n'existait que dans les cas énumérés précédemment; mais quand un décret du peuple, ou, plus tard, une loi impériale établissait une obligation nouvelle, son existence n'était pas moins certaine que si l'on eût pu la déduire du principe.

Voilà comment s'expliquent les anomalies que l'on peut signaler dans l'application de la *condictio ex lege*. On verra tout à l'heure avec quelle réserve les Romains en ont fait usage.

La tentative de fixer la chronologie ne saurait être poussée bien loin, car la date de la *L. Æbutia*, comme celle de la plupart des anciens décrets du peuple, nous est inconnue.

Je vais maintenant indiquer le petit nombre d'applications certaines que nous trouvions de la *condictio ex lege*.

Nous n'avons à citer ici qu'un seul décret du peuple. D'après la *L. Julia de adulteriis*, en cas d'absolution de l'accusé, le propriétaire dont l'esclave avait péri ou avait été endommagé par la torture, devait recevoir une indemnité simple si l'esclave n'était que témoin, double si l'esclave était l'accusé lui-même. Ici l'on ajoute expressément : per condictionem *quæ ex lege descendit* (*c*). Cette application est tout à fait en dehors du principe des condictions, car la valeur de l'esclave soumis à la torture n'avait jamais fait partie des biens, de celui qui devait l'indemnité simple ou double.

Quand un demandeur exagère sa réclamation, et occasionne ainsi au défendeur des frais de procédure inutile, il doit non-seulement l'indemnité, mais en outre le double de cette somme à titre de peine; et sur cette prescription de Justinien on dit expressément : *ex lege condictitiam emanare* (*d*), Cette action est complétement en dehors du principe des condictions.

Une expression semblable est employée, lorsque le de-

(*c*) L. 27, § 15, 16, L. 28, ad L. J. de adult. (XLVIII, 5).

(*d*) § 24, J. de act. (IV, 6).

mandeur succombe dans une *hereditatis petitio*, après avoir déjà payé sur ses biens des dettes de la succession. Il peut réclamer ces dépenses de l'héritier véritable (contre lequel il a plaidé sans succès), « negotiorum gestorum, *vel ex lege condictione* (*e*). » Néanmoins la condiction ordinaire *sine causa* pouvait suffire, car l'héritier véritable trouve réellement dans ses biens la valeur de l'argent avancé, et ainsi dans ce texte, la dénomination paraît mal appliquée.

L'application de la *condictio ex lege* ne souffre aucune difficulté lorsqu'une dot (*f*) ou une donation (*g*) a été promise par *nudum pactum* sans stipulation. En effet, des lois impériales ont créé, pour ces deux cas, des actions qui ne rentrent pas dans le principe général des condictions, et c'est par une circonstance accidentelle que les textes cités n'emploient pas le nom de *condictio ex lege*.

L'action par laquelle une donation est révoquée pour cause d'ingratitude, doit être aussi considérée comme une *condictio ex lege* (Traité, § 169).

XIV.

Je regarde comme incertaine l'application de la *condictio ex lege* à l'action *ex lege Cornelia* de injuriis (*a*); en effet, nous ne savons pas si ce décret du peuple était une *lex nova* dans le sens déterminé plus haut, ce qui me paraît vraisem-

(*e*) L. 12, § 1, in f. C. de pet. her. (III, 31). — Sans doute le demandeur repoussé peut en outre réclamer la somme de celui qui l'a reçue, au moyen de la *condictio indebiti*. Dans ce cas, dont il n'est pas fait mention ici, le véritable héritier ne se trouverait pas libéré (L. 19, § 1. de cond. indeb. XII, 6). On suppose donc que le demandeur a préféré considérer le payement comme valable, et exercer son recours contre le véritable héritier.

(*f*) L. 6, C. de dotis promiss. (V, 12).

(*g*) L. 35, § 5, C. de don. (VIII, 54). Cf. vol. IV, § 169.

(*a*) L. 5, de injur. (XLVII, 10).

blable, et nous ne savons pas non plus s'il n'avait pas déterminé lui-même le *genus actionis*.

Enfin, dans les cas suivants, l'application de la *condictio ex lege* me semble absolument inadmissible.

D'abord pour le *damnationis legatum*. On pourrait vouloir appeler *condictio ex lege XII Tabularum*, la condiction admise ici incontestablement (num. XI), afin d'écarter comme trop artificielle l'explication que je donne de la condiction du légataire; mais rien ne saurait justifier la dénomination de *lex nova* appliquée à la loi des XII Tables.

Les sommes payées contrairement aux prescriptions de la *L. Cincia* pouvaient être répétées, et sans aucun doute en vertu d'une condiction (*b*); néanmoins je regarde comme non fondée l'application d'une *condictio ex lege Cincia*. Je n'examine pas si cette loi pouvait être appelée *lex nova* dans le sens déterminé plus haut; mais, en tout cas, la *condictio sine causa* ou *ob injustam causam*, c'est-à-dire le principe ordinaire de la condiction suffisait, sans avoir besoin d'être complété par une *condictio ex lege*.

Enfin, ce qui est plus important, l'*actio L. Aquiliæ* ne doit pas être considérée comme une *condictio ex lege*, ni même comme une condiction (Cf. num. XX). D'abord, il est difficile de croire que la *L. Aquilia* soit une *lex nova* dans le sens de Paul: du reste, nous ne pouvons rien préciser à cet égard, car nous ignorons sa date; mais pour se convaincre qu'elle n'est point une condiction, il suffit de lire de suite les deux titres du Digeste, l'un *de Condictione furtiva*, l'autre *ad L. Aquiliam*. Dans l'un, tous les textes, sans exception, parlent de *condictio* et de *condicere*; dans l'autre, ces expressions ne se trouvent pas une seule fois, quoique les actions y soient examinées sous toutes leurs faces. Cette différence de phraséologie, soutenue pendant des titres entiers, se trouve ré-

(*b*) Vatic. fragm. § 266. Voy. le Traité, vol. IV, § 165, *d*[r].

sumée dans un texte où les deux actions sont comparées l'une à l'autre (*c*).

Un doute très-spécieux pourrait résulter d'un texte placé dans un autre titre du Digeste (*d*), ou à propos d'une *certi condictio*, c'est-à-dire d'une condiction ayant pour objet une somme déterminée, on lit :

Competit hœc actio ex legati causa, *et ex lege Aquilia.*

Ce texte n'indique aucune espèce ; nous avons donc à chercher un cas où s'applique le principe général des condictions, et un cas de nature à nous faire comprendre pourquoi il est mentionné si rarement.

L'essence du *damnum injuria datum* consiste en ce qu'un individu est appauvri par le fait coupable d'un autre. Ordinairement l'auteur de ce fait ne se trouve pas enrichi ; néanmoins cela arrive quelquefois, et cette circonstance entraîne des conséquences toutes particulières (*e*), parmi lesquelles peut figurer une condiction, *indépendamment* de l'*actio L. Aquiliœ,* dont la base juridique est toute différente, mais dont le résultat (l'indemnité) est en grande partie identique. Quand, par exemple, mon débiteur détruit l'acte écrit que constate son emprunt, et m'enlève ainsi l'action résultant de cet acte, j'ai contre lui, pour le fait de la destruction de l'acte, l'*actio L. Aquiliœ* (*f*), et par suite du bénéfice qu'il réalise, une *condictio sine causa*, qui serait ici une *certi condictio.* De même, quand mon *adstipulator* libérait de son chef le débiteur, j'avais contre lui l'*actio L. Aquilliœ* pour cause de ce

(*c*) L. 2, § 3, de priv. dilectis (XLVII, 1). « Quæsitum est, si *condictus* fuerit ex causa furtiva, an nihilominus L. Aquilia *agi* possit. Et scripsit Pomponius, agi posse, quia alterius æstimationis est L. Aquiliæ *actio*, alterius *condictio* ex causa furtiva, etc. »

(*d*) L. 9, § 1, de R. C. (XII, 1).

(*e*) L. 23, § 8, ad L. Aquil. (IX, 2). Voy. le Traité, § 212, *g*.

(*f*) L. 40, 41, 42, ad L. Aquil. (IX, 2), L. 27, § 3, L. 3, § 1, de furtis (XLVII, 2).

dommage (*g*). Mais si lui-même en profitait; si, par exemple, il devenait héritier du débiteur, j'avais aussi contre lui une *certi condictio sine causa*, pour la somme par moi perdue (*h*). On voit combien ces cas sont rares et compliqués, et cela nous explique pourquoi la condiction est représentée comme non douteuse, et pourquoi elle n'est mentionnée qu'une seule fois, d'une manière accidentelle, au sujet de la *certi condictio*, afin de montrer la variété des applications dont cette action est susceptible. Ici le rapport est précisément le même que celui du vol, qui engendre deux actions d'espèces entièrement différentes: du délit naît la *furti actio*; du gain illicite, la *condictio furtiva*, et ce rapport ressortira encore plus clairement des considérations que je vais présenter. La seule différence consiste en ce que le *damnum* enrichit très-rarement, et le vol enrichit toujours.

XV.

Il me reste à examiner la *condictio furtiva*, comme la seconde action qui s'éloigne de la nature regulière des condictions (num. XII). Sa designation la plus exacte et la plus ordinaire est celle de *condictio ex causa furtiva* (*a*); *condictio furtiva* se trouve beaucoup plus rarement (*b*), et n'est, en réalité, que l'abréviation plus commode de la première désignation.

Ce serait une grande erreur de regarder cette action et ses

(*g*) Gajus III, § 215, 216.

(*h*) C'est ainsi que l'entend avec raison Hefter. Observ. in Gajum, L. IV, p. 66.

(*a*) L. 2, 3, 5, 8, § 1, 9, 16, 18, de cond. furt. (XIII, 1), L. 2, § 3, de priv. del. (XLVII, 1), et beaucoup d'autres textes.

(*b*) Cette expression se trouve dans la rubrique du titre du Digeste (XIII, 1) et du Code (IV, 8), puis dans la L. 3, § 2, L. 21, § 5, rer. amot. (XXV, 2), et peut-être encore ailleurs, mais certainement dans un très-petit nombre d'endroits. J'ajoute que la leçon du texte cité est douteuse, car la vulgate porte : *ex causa* furtiva.

applications les plus fréquentes comme s'écartant du principe général des condictions. Quand le voleur dépense l'argent ou consomme le blé qu'il a volé, il s'enrichit injustement aux dépens du propriétaire ainsi dépouillé de son bien; et pour des cas de cette espèce, la *condictio sine causa* ordinaire suffit pleinement (num. VIII). Même lorsque le voleur perd la chose volée, il est obligé, sans être enrichi; mais cette obligation résulte de la *mora* qui accompagne toujours le vol (*c*); et, dès lors, point de déviation des règles établies pour la *condictio sine causa.*

Cette action n'est donc, en réalité, qu'une application de la *condictio sine causa*, et l'on n'en aurait pas fait un action spéciale, désignée par un nom particulier, sans la circonstance suivante.

En principe, le besoin et la possibilité de la condiction n'existent que quand le défendeur ne possède plus la chose, car autrement la revendication suffit, et la condiction ne peut avoir pour objet un *dare* (num. V.). Ainsi donc, rigoureusement, la personne volée devrait d'abord rechercher avec soin si l'argent qu'on lui a volé est encore distinct, et voir sa demande rejetée s'il se trompe dans le choix de son action; mais ici les précautions les plus grandes n'offrent pas de garantie certaine, car le voleur peut, à chaque instant, dépenser l'argent volé ou le mêler avec d'autre. L'équité voulant que la personne volée soit mise à l'abri d'un pareil danger, la condiction a été admise par exception, lors même que la chose existe encore, et que dès lors la revendication eût été possible (*d*). Ainsi donc, sous ce rapport seulement,

(*c*) L. 17, 20, 8, pr. de cond. furt. (XIII, 1).

(*d*) Gajus, IV, § 4. « .... certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere : si paret eum *dare* oportere, nec enim, quod nostrum est, nobis dari potest... Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut... ex hac actione etiam teneantur : si paret eos dare oportere : quamvis sit etiam adversus eos hæc actio, qua rem nostram esse petimus. »

cette action déroge à la règle générale des condictions, et la dérogation consiste en ce que le choix obligé entre la condiction et la revendication (num. V, *f*, *g*) est abandonné pour favoriser le demandeur.

XVI.

La condiction, ainsi modifiée, s'applique encore à un cas différent, mais anologue, celui où le propriétaire d'un immeuble est dépossédé violemment. Il peut alors réclamer exceptionellement sa chose par voie de condiction, et ainsi choisir entre la condiction et la revendication. Cette extension, contestée dans l'origine, fut ensuite formellement admise (*a*); néanmoins on doit reconnaître que le besoin était moins impérieux que pour le vol d'une chose mobiliaire, car on ne consomme par un immeuble, et son possesseur actuel peut être aisément découvert.

D'autres extensions de la condiction ne sont qu'apparentes, car les cas auxquels elles se rapportent sont déjà compris dans le principe originaire.

§ 14, J. de act. (IV, 6), L. 1, § 1, de cond. trit. (XIII, 3). — L'avantage que l'admission de cette action procure au propriétaire volé doit s'entendre de la manière expliquée plus haut dans le texte, et ainsi on ne doit pas croire que quand l'objet était représenté, le propriétaire eût intérêt à exercer la condiction plutôt que la revendication, car l'une ou l'autre action lui donnait alors précisément le même résultat. — J'observe en outre que toute la difficulté, et l'anomalie qu'elle entraîne, consiste uniquement dans la rédaction de la formule. Les rédacteurs des Institutes ont donc eu tort d'envisager la chose sous le même point de vue que Gajus, car les anciennes *formulæ* étaient depuis longtemps abandonnées, et l'on n'employait plus le *dare oportere*. Déjà du temps de Gajus la formule *dare facere oportere* n'eût pas offert de difficulté, car elle impliquait le simple *restituere*. Mais sans doute on voulait assurer au propriétaire volé les avantages spéciaux de la formule *dare oportere*, sur lesquels je reviendrai plus bas. D'ailleurs l'incertitude et les dangers de la procédure subsistaient toujours.

(*a*) Labéon était contre, Sabinus, Celsus, Ulpien étaient pour, et leur opinion a été adoptée par Justinien, comme le prouve l'insertion des textes suivants : L. 25, § 1, de furtis (XLVII, 2), de cond. trit. (XIII, 3).

Ainsi la condiction s'applique, sans contredit, au vol fait à main armée (*b*); mais il n'y a point d'extension, car le vol caché est un *furtum* véritable et proprement dit (*c*).

La condiction s'applique également au détournement entre époux (*d*); mais ce détournement est un *furtum* véritable, dont on adoucit les conséquences par égard pour le lien conjugal (*e*).

XVII.

D'après l'exposé qui précède, on voit que la *condictio furtiva* ne résulte pas d'un délit, comme la *furti* et la *doli actio;* elle résulte, comme toute autre *condictio sine causa*, du fait que l'adversaire s'enrichit sans motifs à nos dépens, fait que l'on peut désigner comme un quasi-contrat. D'un autre côté, on ne saurait nier que cette action ne prenne naissance à l'occasion d'un délit, et qu'elle suppose nécessairement l'existence d'un délit, car sans cela elle n'aurait pas le caractère particulier défini plus haut.

Néanmoins cette doctrine est loin d'être généralement admise, et la nature de cette action, surtout la question de savoir si elle résulte ou non *ex delicto*, a été, depuis des siècles, le sujet d'une grande controverse entre les jurisconsultes (*a*). Cette question a une grande importance pour la

(*b*) L. 2, § 26, vi bon. rapt. (XLVII, 8). L. 1, § 1, de cood. trit. (XIII, 3).

(c) L. 1, L. 2, § 10, 26, vi bon rapt. (XLVII, 8).

(*d*) L. 17, § 2, rer. amot. (XXV, 2). Reste toujours la question de savoir si l'*actio rerum amotarum* est elle-même une *condictio*. (L. 26, cod.), ou si concurremment avec cette action, on a aussi la *condictio furtiva* (L. 21, § 5, cod.) Néanmoins on n'est pas obligé de voir une contradictioo dans ces deux textes. Le priocipe général de la *condictio sine causa* s'applique ici à toute espèce de vol. (Num. XV.)

(*e*) L. 2, L. 29, rer. amot. (XXV, 2).

(*a*) Uo des aoteurs les plus modernes qui regardent cette action comme résultant d'on délit est Franke, Beytrage, p. 28-33. Glück, vol. XIII, § 839, cite un grand nombre d'auteurs qoi ont traité cette qnestion. La doctrioe qui fait

vérité des principes que je viens de poser; car si cette condiction résulte réellement d'un délit, cela ne peut guère se concilier avec ces principes. Vainement on alléguerait la nature exceptionnelle de la *condictio furtiva;* car moi-même j'ai essayé d'établir que cette nature appartient, non à l'action en général mais à une seule de ses applications (num. XV).

Voici donc les motifs qui prouvent, suivant moi, que cette action ne résulte pas d'un délit.

D'abord, Ulpien, dans le texte suivant, l'oppose littéralement, et de la manière la plus précise, à toutes les actions *ex maleficio*, en observant néanmoins que la compensation lui est applicable, comme à ces autres actions, dont par conséquent elle ne fait pas partie (*b*) : Quotiens *ex maleficio* oritur actio*; utputa ex causa furtiva*, ceterorumque maleficiorum, si de ea pecuniarie agitur, compensatio locum habet. *Idem est et si condicatur ex causa furtiva.*

Ainsi, d'après ce texte, il y a, par suite d'un délit (ex *causa* furtiva) deux actions différentes. L'une est ex maleficio (évidemment la furti actio) l'autre (qui par conséquent ex maleficio non oritur) est la condictio furtiva.

Quand un vol a été commis, le voleur, ceux qui l'ont aidé et ceux qui l'ont conseillé, sont considérés comme égalment coupables et sont punis de la même peine (*c*). Néanmoins la condictio ne s'exerce que contre le voleur lui-même (*d*). Pour expliquer cette distinction, il faut reconnaître que la condiction résulte, non du délit, mais de l'enrichissement

résulter cette action d'un *quasi-contractus* se trouve déjà dans quelques auteurs, par exemple, dans Lyclama benedictor., lib. I, C. 1-8. — Krug, de condic. furt. Lips. 1830, p. 8-12, regarde cette action comme résultant d'un délit; mais il la rattache sans motif suffisant à la fiction d'une transaction, et il prétend expliquer ainsi ses caractères particuliers, tels que la transmission de l'action contre les héritiers du coupable.

(*b*) L. 10, § 2, de compens. (XVI, 2).

(*c*) § 11, J. de oblig. ex del. (IV, 1).

(*d*) L. 6, de cond. furt. (XIII, 1).

non justifié, et ce fait, entièrement distinct du délit qui l'accompagne, a, au contraire, la même nature que beaucoup d'autres cas ou l'enrichissement existe sans aucun rapport avec un délit.

Les rapports de droit qui se développent losrque le vol a été commis par un esclave ou par un *filiusfamilias*, sont tout à fait décisifs. Voici les règles générale du droit sur les actes de ces personnes dépendantes entraînant des obligations.

1) Relativement aux personnes étrangères.

a) Le maître de l'esclave peut être attaqué, tantôt par une *actio de peculio*, tantôt par une *actio noxalis;* mais ces deux actions s'excluent mutuellement (*e*). Les contrats et les quasi-contrats engendrent l'*actio de peculio*, jamais l'*actio noxalis;* les délits engendrent l'*actio noxalis*, et jamais celle *de peculio* (*f*).

b) L'esclave lui-même, après son affranchissement, peut être actionné à cause de ses délits, et non à cause de ses contrats; en d'autres termes, ses obligations résultant de délits sont alors *civiles;* celles résultant de contrats, *naturales* (*g*).

2) Relativement au maître lui-même.

Les contrats engendrent des *naturales obligationes* efficaces pendant la durée de la servitude et après l'affranchissement. Les délits n'engendrent aucunes obligations, ni *civiles*, ni *naturales*, ni pendant la durée de la servitude, ni après l'affranchissement.

Dans toutes ces applications, la *condictio furtiva* nous apparaît donc comme une action résultant d'un contrat (*h*),

(*e*) J'ai donné les preuves de ce que j'avance ici, Appendice IV, vol. II, p. 407-411, et dans le Traité, § 211, *a*.

(*f*) L. 49, de O. et A. (XLIV, 7).

(*g*) L. 1, § 18, depos. (XVI, 3).

(*h*) Proprement *quasi ex contractu*, comme la *condictio indebiti, sine*

c'est-à-dire comme le contraste direct de la *furti actio*.

1) Lorsque l'esclave ou le fils de famille vole un tiers.

a) Ce tiers a, contre le maître ou le père, l'action *de peculio;* ainsi donc, pas d'action *noxalis*, et *de peculio* seulement c'est-à-dire jusqu'à concurrence du bénéfice que le vol procure au maître et au père (*i*). Voici comment s'explique cette restriction. Quand l'argent volé était dissipé immédiatement, de sorte qu'il ne restait plus aucune valeur, rigoureusement parlant, on n'avait aucune action contre le voleur ordinaire, car il ne se trouvait plus enrichi; et si l'on a une action contre lui, c'est que, comme voleur, il est toujours constitué en *mora*. Si donc le voleur est un esclave, on a contre le maître l'action *de peculio*, mais sans cette modification aggravante, car le maître n'ayant pas volé, n'est pas en *mora*, et dès lors ne peut être poursuivi que jusqu'à concurrence de son bénéfice actuel. On exprime cela d'une manière plus exacte, en disant : la *condictio* exercée contre le maître n'est pas la *condictio furtiva*, mais la condiction ordinaire et non modifiée, *sine causa* (*k*).

causa, etc., qui ont en général le même caractère que les vraies actions résultant des contrats.

(*i*) L. 3, § 12, de peculio (XV, 1). « ... et est verius, *in quantum locupletior factus esset*... actionem de peculio dandam, » (c'est-à-dire, la *condictio* dont l'admissibilité avait été mise en question). — L. 30, pr. de act. emti (XIX, 1). « ... si jam traditus furtum mihi fecisset (c'est-à-dire, si j'ai été volé par mon ancien esclave depuis l'aliénation que j'en ai faite), aut omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem, aut eatenus haberem, *quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset.* » — L. 4, de cond. furt. (XIII, 1). « quod ad eum pervenit. » Voy. num. XVIII, où ce texte est expliqué.

(*k*) L. 30, pr. de act. emti (XIX, 1). « ... condictio eo nomine mihi adversus te competat, *quasi res mea ad te sine causa pervenerit.* » A proprement parler, ce n'est point l'*actio de peculio*, car lorsque le maître est enrichi par le vol de son esclave, cette action est admissible quand même l'esclave n'aurait pas de pécule. Ainsi s'explique peut-être l'expression un peu vague (aut omnino... non haberem) de la L. 30, cit., note *i*, comme aussi l'expression d'ailleurs trop générale de la L. 5, de cond. furt. (XIII, 1). « ... nunquam enim *ea condictione* alius, quam qui fecit tenetur, aut heres ejus. » On voit

d) Après l'affranchissement de l'esclave voleur, on n'a pas contre lui la condiction, parce que l'obligation qui lui sert de base est, comme résultant d'un contrat, seulement *naturalis;* mais on a contre lui la *furti actio,* comme fondée sur un délit (*l*).

2) Quand l'esclave vole son maître, l'obligation qui motive la condictio est *naturalis,* de sorte qu'elle diminue *ipso jure,* et conserve la même efficacité après l'affranchissement (*m*).

Enfin une preuve décisive que la condiction ne résulte pas du délit, c'est qu'elle s'exerce sans restriction contre les héritiers du voleur (*n*). Si l'action était fondée sur un délit, l'héritier ne serait obligé que jusqu'à concurrence du bénéfice que lui procure le vol (*o*); mais elle a la nature du contrat, et pour le voleur lui-même elle n'est indépendante du bénéfice que par suite de la *mora.* Or, les actions fondées sur des contrats s'exercent contre les héritiers, et la *mora*, une fois constituée, conserve ses effets (*p*), de sorte qu'elle n'est interrompue, ni par la mort du créancier, ni par celle du debiteur (*q*).

d'après ces mots que la condiction ne peut jamais être regardée comme *actio noxalis.*

(*l*) L. 15, de cond. furt. (XIII, 1). « Quod ab alio servus subripuit, ejus nomine liber *furti tenetur : condici autem ei non potest,* nisi liber contrectavit. » Ce texte est le plus décisif de tous, et il est inconciliable avec la doctrine qui considère la *condictio furtiva* comme résultant d'un délit, car la règle *noxa caput sequitur* est absolue et embrasse toutes les actions qui résultent de délits. — Les mots de la fin ne présentent aucune difficulté, car la détention de la chose continuée après l'affranchissement constitue un vol nouveau qui, indépendamment du fait antérieur, doit avoir ses conséquences ordinaires.

(*m*) L. 30, pr. de act emti (XIX, 1). « ... ipso jure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod *debitor meus ex causa condictionis sit factus.* »

(*n*) L. 5, L. 7, § 2, de cond. furt. (XIII, 1).

(*o*) Voy. le Traité, § 211, b.

(*p*) L. 87, § 1, de leg. 2, (XXXI, un.).

(*q*) L. 37, de usuris (XXII, 1).

XVIII.

Néanmoins je ne dois pas passer sous silence deux textes qui semblent contredire la doctrine que j'établis ici.

L'un, d'Ulpien, est ainsi conçu (*a*) :

Si servus vel filiusfamilias furtum commiserit, condicendum est domino id, *quod ad eum pervenit :* in residuum, *noxæ servum dominus dedere potest.*

Au premier abord, ce texte semble représenter la condiction comme une action résultant d'un délit, et comme s'exerçant contre le maître à titre d'*actio noxalis*. Mais comme alors il se trouverait en contradiction directe avec tous les textes cités précédemment, nous devons chercher à le mettre d'accord avec eux par voie d'interprétation. Ulpien se demande jusqu'à quel point le vol que commet un esclave peut compromettre les biens de son maître, et il rassure celui-ci en disant qu'il ne peut être tenu indéfiniment des obligations résultant du vol; la condiction ne lui occasionne aucune perte, puisqu'elle l'oblige seulement à restituer le bénéfice que lui procure le vol; reste donc la *furti actio*, qui, exercée comme *actio noxalis*, peut le contraindre à rendre le surplus de la valeur du vol, auquel même peut s'ajouter la peine; mais, en tout cas, il lui est loisible de se libérer par la *noxæ datio;* de sorte que jamais le vol ne peut diminuer ses biens au delà de la valeur de l'esclave. — Sans doute cette interprétation ajoute au texte bien des choses dont il ne parle pas, et elle ne peut être justifiée que par le besoin de le concilier avec les autres textes. Cette contradiction apparente doit probablement être imputée à la maladresse des compilateurs (*b*).

(*a*) L. 4, de cond. furt. (XIII, 1).

(*b*) Pothier, Pand. Just. XIII, 1, art. 1, num VIII, not. *f*, donne en résumé la même explication.

Le second texte est un rescrit de Dioclétien (*c*), d'après lequel la condiction peut s'exercer, pour la totalité, contre chacun de ceux qui ont commis un vol en commun, mais de telle sorte que le payement fait par l'un d'eux libère tous les autres. Ce texte semble désigner une action résultant d'un délit, c'est-à-dire une action pénale unilatérale, telle que la *doli actio*, car cette règle est effectivement établie pour cette espèce d'actions (*d*). Si, au contraire, comme je le prétends, la condiction a pour cause le bénéfice réalisé par le défendeur, il semble qu'elle devrait s'exercer exclusivement contre les voleurs détenteurs de l'argent, et, s'ils l'ont partagé, contre chacun d'eux pour sa part. — Mais cette objection spécieuse tombe devant la considération qui fait permettre au propriétaire de réclamer sa chose encore existante en vertu de la condiction (num. XV); car si le propriétaire volé était obligé de rechercher quelle part de son bien possède chacun des voleurs, il serait exposé aux embarras et aux dangers de procédure qu'on a voulu lui épargner dans l'autre cas. L'équité la plus évidente voulait donc que l'on s'éloignât ici de la rigueur du principe, et que l'on permît au propriétaire de choisir celui des voleurs qu'il lui plairait de poursuivre.

XIX.

Je vais résumer ce que j'ai dit jusqu'ici. La base et la condition des condictions est une obligation se rattachant à un bénéfice realisé par le débiteur actuel, aux dépens du créancier, bénéfice qu'il s'agit de restituer (*a*). Tantôt ce bénéfice

(*c*) L. 1, C. de cond. furt. (IV, 8). J'ai donné littéralement ce texte dans le Traité, § 211, *b*.

(*d*) Voy. le Traité, § 211, *c*.

(*a*) Ainsi donc il ne suffit pas qu'un autre s'enrichisse à mes dépens pour que j'aie le droit de répétition; mais *quand* j'ai ce droit de répétition l'action à exercer est une *condiction*. Ce droit est principalement fondé sur la volonté exprimée d'avance (le prêt), sur l'erreur (l'*indebitum*, etc.), sur la violence

est réel, comme dans le cas du prêt et l'*indebitum* (num IV-VIII) ; tantôt il est fictif, comme dans le cas de l'*expensilatio*, de la stipulation et du legs (num. IX-XI). Viennent ensuite certaines extensions peu importantes et toutes positives, qu'on ne peut ramener à ce principe fondamental (Num. XII-XVIII). Pour mieux faire ressortir la signification de cette règle, il est nécessaire d'embrasser d'un coup d'œil toutes les obligations qui se trouvent exclues de l'application des condictions, et auxquelles doivent se rattacher d'autres actions.

Les obligations ainsi exclues se partagent en deux classes. En effet, le droit dont le demandeur réclame la jouissance par son action fait encore partie de ses biens, ou n'en a jamais fait partie. Dans aucun de ces cas, le demandeur ne peut donc prétendre que l'adversaire lui a enlevé un de ses biens, ce qui constitue la condition fondamentale des condictions.

Les cas de la première classe ont été mentionnés plus haut, et soulèvent peu de difficultés; se sont : le prêt, tant que l'argent, par un motif quelconque, n'est pas devenu la propriété de l'emprunteur; c'est alors le cas d'exercer la revendication et non la condiction, car ces deux actions s'excluent mutuellement (num. V). J'en dis autant du dépôt, du commodat, du gage, pourvu que la chose existe encore en nature entre les mains de celui qui l'a reçue. Indépendamment de la revendication, tous ces cas admettent des *b. f. actiones*, mais jamais la condiction (*b*). Sans doute, la

exercée par un autre (*cond. sine causa* et *furtiva*). Mais quand l'enrichissement résulte de ma libéralité (donation) ou n'est que l'équivalent d'une prestation réciproque (le prix d'une vente, d'un loyer, etc), je n'ai aucun droit de répétition, et dès lors aucune condiction.

(*b*) On ne saurait m'objecter que dans le contrat de gage il y a aliénation, sinon de la propriété, au moins d'un *jus in re*, dont la restitution peut donner lieu à une condiction. En effet, tant que la dette subsiste, le gage ne peut être reclamé en vertu d'aucune action; la dette une fois acquittée, le *jus in re* est

consommation de la chose peut constituer un bénéfice, et alors la *b. f. actio* concourt avec la condiction, comme elle concourait auparavant avec la revendication (num. VI).

De même, d'après la rigueur du principe la *condictio furtiva* ne devrait pas être admise tant que le voleur possède la chose volée; elle n'est admise que par anomalie (num. XV).

XX.

La seconde classe de cas qui n'admettent pas l'application de la condiction sont ceux où la chose litigieuse n'a jamais fait partie des biens du demandeur; ce qui constitue une prestation nouvelle, non une restitution, car cette restitution d'une chose distraite de nos biens forme la véritable base de toute condiction régulière, comme le reconnaissent expressément les textes du droit romain (*a*).

Cela comprend deux espèces importantes d'obligations; et d'abord le plus grand nombre des *bonæ fidei contractus*.

Ici, dans le cas de la vente et de la location, par exemple, figurent des objets de même nature que ceux des condictions, car toujours c'est un *dare* ou *facere* que l'on réclame, quelquefois même un pur *dare* (*b*); ce qui est le principal et le

éteint de soi-même, sans que cela exige aucune restitution. Il en était autrement pour la *fiducia*, et la somme une fois payée, on avait sans doute une condiction pour réclamer la restitution de la chose par voie de rémancipation, car il fallait rentrer dans une propriété qui avait été transférée (num. V). Peut-être la L. 4, § 1, de R. C. (XII, 1) se rapportait à une *fiducia* dans le texte original. Voy. num. IV, *b*.

(*a*) L. 1, de R. C. « mox *recepturi* quid ex contractu *credere* dicimur. » (Voy. num. V. 6). L. 2, pr. eod. « Mutuum damus *recepturi* non eamdem speciem,... sed idem genus, » etc. — Liebe, Stipulation, p. 364, explique le *recipere* par une prestation réciproque; mais alors la vente serait un *credere*, et donnerait lieu aux condictions.

(*b*) L. 11, § 2, de act. emti (XIX, 1). « Emtor autem numos *venditoris facere cogitur*. » Mais cela est réellement le *dare* dans le sens rigoureux du mot (num. V, *i*).

plus ancien objets des condictions. Mais ce que l'on réclame est une chose toute nouvelle, telle que le prix d'une vente ou d'une location, la tradition d'une chose achetée, des soins pour une affaire, par suite d'une société ou d'un mandat.

Par le même motif se trouve exclue de l'application des condictions une seconde espèce d'obligations : les actions civiles fondées sur des délits (*a*), soit qu'elles aient pour objet une peine pécuniaire ou une idemnité.

Plusieurs circonstances semblent devoir faire attribuer à la *furti actio* le caractère d'une condiction. Elle dérive du *jus civile*, d'une *lex*, et même de la *lex* que l'on peut regarder comme base du *jus civile ;* enfin, elle s'instruisait sans doute non devant un *arbiter*, mais devant un *judex*. Cependant elle n'était pas une condiction. Cela résulte d'abord des textes innombrables où elle est mentionnée, sans que jamais on lui donne le titre de *condictio;* mais surtout des textes où elle est nommée à côté de la *condictio* (*furtiva*), mais toujours comme contrastant avec celle-ci (*d*). Cela vient uniquement de ce que la peine pécuniaire réclamée par cette action n'a jamais fait partie des biens du demandeur, et est destinée à enrichir ce dernier.

De même, on pourrait vouloir regarder comme une con-

(*c*) Je dis les *actions civiles*, car pour les actions prétoriennes résultant de délits, leur origine seule prouve que ce n'étaient point des condictions.

(*d*) Cf. num. XVII, *l*, et aussi L. 7, § 1, de cond. furt. (XIII, 1). « Furti actio pœnam petit legitimam, condictio rem ipsam. » L. 14, de cond. causa data (XII, 4). « ... cum quo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse. » L. 13, § 2, de jurej. (XII, 2). « et ideo neque furti, neque condictitia tenetur. » L. 17, § 2, de præscr. verb. (XIX, 5). « furti agere possum vel condicere. » — J'observe néanmoins que dans un petit nombre de textes on donne à la *condictio furtiva* le nom de *furti actio*, tandis que jamais la veritable *furti actio* n'est appelée *condictio*. Cette phraséologie s'explique en ajoutant au mot *actio* l'épithète sous-entendue *condictitia*. L'expression est donc plutôt incomplète que fausse; mais elle n'en doit pas moins être blâmée comme équivoque et prêtant à l'erreur. J'ai déjà cité, § 232, *h*, les textes relatifs à cette question.

diction l'*actio L. Aquiliæ*, car elle dérive aussi d'une *lex* des anciens temps; néanmoins elle n'est une condiction ni par rapport à l'élévation de la peine, ni par rapport à l'indemnité. En effet, cette élévation, comme la peine du vol, n'a jamais fait partie des biens du demandeur. L'indemnité, c'est-à-dire la valeur de la chose détruite, faisait bien partie des biens du demandeur, mais le plus souvent elle ne passe pas parmi les biens du défendeur. Les cas peu nombreux où s'opère cette transmission d'un patrimoine à l'autre, donnent naissance à une condiction; mais elle est loin d'être identique avec l'*actio L. Aquiliæ*, car le demandeur peut choisir entre ces deux actions (num. XIV).

Voici comment est exprimée dans les formules cette différence fondamentale des condictions et des actions civiles résultant des délits. Les unes ont pour *intentio* : *dare* ou *dare facere oportere*, les autres : *damnum decidere oportere*.

Cette dernière formule, comme on n'a pas coutume de lui attribuer une pareille généralité, demande une explication.

Comme *intentio* de la *furti actio*, nous trouvons dans Gajus la formule : *pro fure damnum decidi oportere* (*e*), expressions parfaitement conformes à des textes nombreux du Digeste (*f*). Ici *damnum decidere* signifie : satisfaire la personne volée, la désintéresser; aussi, cette expression s'applique-t-elle également à la transaction (*g*), c'est-à-dire à l'arrangement sans procès; on l'applique même à l'acte de la personne volée qui reçoit satisfaction (*h*). Néanmoins, une acception ordinaire était celle que nous trouvons dans la formule, et

(*e*) Gajus, IV, § 37, 45.

(*f*) L. 61, § 1, 2, 5, de furtis (XLVII, 2), L. 7, pr. de cond. furt. (XIII, 1); comme aussi l'expression encore plus générale de damnum *præstare* dans la L. 61 cit., § 3, 5.

(*g*) L. 9, § 2, de minor. (IV, 4), L. 13, C. de furt. (VI, 2).

(*h*) L. 46, § 5, de furt. (XLVII, 2).

relative à l'obligation du voleur. Cette locution avait évidemment un sens plus général que *dare*, car elle pouvait comprendre l'*addictio* du *fur manifestus*, ce que ne comportait pas le mot *dare*.

Nous n'avons pas la formule de l'action aquilienne; mais je pense qu'elle se composait des mots *damnum decidi oportere* sans autre addition. En effet, *damnum* est le nom propre de ce délit (*i*); et la formule circonstanciée *pro fure* damnum decidere s'explique de la manière la plus naturelle par l'intention d'étendre l'expression damnum decidere à un cas pour lequel, sans une addition particulière, elle n'eût été ni applicable ni intelligible. Peut-être on m'objectera que la L. Aquilia elle-même porte deux fois : tantum æs *dare* damnas esto (et non pas damnum decidere) (*k*). Mais si, d'après les termes de la loi qui nous ont été conservés, on voulait recomposer la formule, cela ferait partie de la *condemnatio*, et l'*intentio* devrait être ainsi conçue : Si paret, hominem Agerii à Negidio occisum esse; rédaction en fait qu'il paraît néammoins impossible d'admettre pour une ancienne action civile. Voici à peu près comme je me représente la formule entière de l'action aquilienne : 1) (Demonstratio:) Quod Negidius hominem Agerii injuria occidit. 2) (Intentio : Si paret, Negidium ob eam rem Agerio damnum decidere oportere. 3) (Condemnatio :) Judex quanti is homo in eo anno plurimi fuit tantum æs Agerio condemna, si non paret, absolve (*l*).

Nous n'avons aucunes traces des formules des autres actions fondées sur des délits, et dérivant de l'ancien droit civil; par analogie des deux précédentes, les plus usuelles et les plus importantes de toutes, nous sommes autorisés à

(*i*) Gajus, III, § 210-219, surtout § 116, « damni *nomine*. »

(*k*) L. 2, pr. L. 27, § 5, ad L. Aquil. (IX, 2).

(*l*) Ce que je dis ici de la formule de l'action aquilienne se trouve confirmé par l'interprétation du texte de Gajus, IV, § 5. Voy. num. XXV, XXVI.

supposer que leur *intentio* avait aussi pour objct un damnum decidere oportere (*m*) ; ce qui offrait l'avantage d'établir entre les actions civiles fondées sur des délits et les actions résultant des contrats une distinction saisissable au premier coup d'œil. Peut-être chacune de ces actions, fondées sur des délits, avait-elle dans son *intentio* une addition caractéristique, semblable à celle de *pro fure* pour la furti actio ; peut-être aussi l'addition n'avait-elle été jugée nécessaire que pour cette seule action, la plus importante de cette espèce, et alors toutes, excepté la furti actio, auraient eu seulement dans leurs formules l'expression générique damnum decidere oportere.

Maintenant on pourrait, d'après le même motif que pour les actions dont je viens de parler, vouloir refuser le caractère d'une condiction à l'action résultant de la stipulation, car elle sert à réclamer une chose entièrement nouvelle, qui n'a jamais fait partie de nos biens. Mais si elle est toujours une condiction, cela tient uniquement à la nature de la stipulation (num. X). La nécessité de cette explication, pour que la théorie de la condiction ne soit pas un tissu d'inconséquences, confirme merveilleusement cette manière d'envisager la stipulation.

XXI.

Je vais maintenant examiner plusieurs textes importants des auteurs anciens, et les rapprocher de cette théorie des condictions. Ce rapprochement servira à confirmer la théorie, ou à prévenir des objections que l'on pourrait élever contre elle.

(*m*) Je trouve un seul cas où cette expression ne s'applique pas à un délit proprement dit, mais à un rapport de droit analogue, c'est la *m. f. possessio*, que les XII Tables punissaient par la restitution du double des fruits. Festus, v. *Vindiciæ* : « Si vindiciam falsam tulit,... fructus duplione *damnum decidito.* »

Le premier de ces textes appartient à Cicéron. Cicéron dit ne connaître que trois causes pour lesquelles une somme déterminée d'argent comptant puisse être réclamée par un *judicium* rigoureux : *abnumeratio* (*datio*), *expensilatio*, *stipulatio* (*a*). Le mot de *condictio* ne se trouve pas ici ; mais on ne saurait douter que Cicéron n'ait en vue l'action désignée dans les sources du droit comme *certi condictio*, ou *condictio si certum petatur*. Voyons maintenant jusqu'à quel point cette proposition s'accorde avec la théorie que j'ai établie.

Pour la plupart des cas, l'accord est évident. En effet, le mot *abnumeratio* embrasse non-seulement le prêt d'argent, mais aussi le dépôt violé par le dépositaire (num. VI), comme aussi le payement d'un *indebitum*, et les cas semblables (num. VII). Si les cas de l'*incerti condictio* ne sont pas mentionnés, cela ne fait pas de difficulté, puisque Cicéron déclare ne parler que des actions rigoureuses ayant pour objet une somme d'argent déterminée, c'est-à-dire de la *certi* et non de la *incerti condictio*. Cependant, manquent ici certains cas, où, d'après ma théorie, existe la *certi condictio*. Ce sont les cas où mon argent passe dans les mains d'un autre sans mon consentement, tels que le vol (num. VIII, XV) ; ensuite manque le cas du legs (num. XI). Pour écarter cette objection, on pourrait dire que ces applications de la condiction sont postérieures au temps de Cicéron. D'abord, la supposition n'est pas admissible quant au legs, car les droits qui en dérivent ont leur base dans la loi des XII Tables ; ensuite, nous n'avons aucun motif d'accepter cette solution chronologique de la difficulté pour les autres cas ici nommés, tels que la *condictio furtiva*, quoique nous ne connaissions pas l'époque de leur origine. Nous ne devons

(*a*) Cicero, pro Roscio comœdo, C. 4, 5. J'ai déjà rapporté ce texte, appendice XIII, num. XI.

pas non plus imputer à Cicéron une connaissance imparfaite du droit, ou une inexactitude de langage, car nous avons un moyen beaucoup plus naturel de nous expliquer la chose. Cicéron ne voulait nullement faire une théorie générale des actions, mais seulement en extraire la partie relative à l'espèce qu'il discutait. Ainsi, quand il dit qu'il n'y a que trois moyens possibles d'arriver à une *certi condictio*, savoir : *abnumeratio*, *expensilatio*, *stipulatio*, on doit naturellement sous-entendre : dans les cas semblables à celui qui nous occupe. Or, il s'agissait d'un contrat, et c'eût été une affectation pédantesque d'observer que la *condictio furtiva* et la condiction résultant d'un legs étaient inapplicables, puisque rien dans l'espèce n'avait trait à un vol ou à un testament (*b*).

Dans tous les cas, il est inconstestable que Cicéron reconnaît chacun de ces trois actes juridiques comme cause spéciale et indépendante d'une *certi condictio*, et nommément la stipulation, sans la rattacher à un prêt, dont il n'y avait d'ailleurs aucune trace dans l'espèce (*c*). Pour chacun de ces cas, il reconnaît la *sponsio tertiæ partis* comme l'introduction légitime du procès, car elle avait été déjà conclue, et il reconnaît que dans chacun de ces trois cas elle eût produit ses effets, puisqu'il cherche à prouver successivement qu'aucun de ces trois cas n'existe dans l'espèce.

Ainsi entendu, et cette interprétation n'a rien de forcé, ce texte de Cicéron, loin de contredire ma théorie des condictions, vient plutôt la confirmer.

XXII.

Du temps des *legis actiones* on employait le nom de *con-*

(*b*) La partie essentielle de cette explication se trouve dans Holweg Versuche, p. 40, et dans Gans, Obligationenrecht, p. 30.

(*c*) Le fond du procès était une société; et la dette résultant de cette société n'aurait pu motiver la *certi petitio* qu'au moyen d'une *expensilatio* ou d'une stipulation. Cf. Puchta, Neues Rheinisches Museum, vol. I. num. XII.

dictio pour deux actions, dont la forme reposait sur une *denuntiatio,* et tel paraît être le sens littéral du mot *condictio :* lege quidem Silia certæ pecuniæ, lege vero Calpurnia de omni certa re (*a*). Comme, plus tard, ce nom fut appliqué à toute une espèce d'actions, nous ne devons pas croire que cela se soit fait par hasard et sans réflexion ; mais il doit y avoir entre l'ancienne expression technique et le nouveau principe de droit un lien intime qui motive cette extension. Le rapport n'existe certainement pas dans la forme de l'action, car la forme de l'ancienne *condictio* était la *denuntiatio,* et comme la nouvelle *condictio* ne revêt pas cette forme, on dit que son nom lui est donné *non proprie, abusive* (*b*). Nous devons donc chercher ce lien intime dans la nature spéciale des rapports de droit auxquels s'appliquent également l'ancienne et la nouvelle *condictio.* Ici effectivement, nous trouvons une relation très-satisfaisante, si à ces mots de *omni certa re* nous ajoutons, pour compléter le sens : *mutuo data.* Or, l'ancienne *condictio* n'était autre que l'action résultant du prêt, non-seulement du prêt d'argent (L. Silia), mais de toutes choses fongibles (L. Calpurnia), parmi lesquelles figurait sans doute le blé, comme l'objet le plus ordinaire d'un prêt (*c*). Précisément aussi, la nouvelle *condictio* est l'action qui résulte du prêt et d'autres rapports de droit, que l'on peut considérer comme extensions de l'action du prêt.

Voici une cirsconstance qui confirme d'une manière frappante cette origine historique : au contraste ainsi entendu

(*a*) Gajus, IV, § 19.

(*b*) Gajus, IV, § 18, § 15, J. de act, (IV, 6).

(*c*) Le prêt autre que celui d'argent (num. IV.) se rencontre rarement dans les sources du droit, comme dans les relations de la vie réelle. Le cas d'application le plus ordinaire est celui où un cultivateur dont la récolte a manqué, emprunte des grains pour se nourrir et pour ensemencer, en s'engageant à les rendre sur la récolte de l'année suivante.

de la *condictio ex L. Silia* et *ex L. Calpurnia* répond exactement le nouveau contraste de la *certi* et de la *triticaria condictio*, sur laquelle je reviendrai plus bas. L'épithète énigmatique de *tricaria* reçoit ainsi l'explication la plus simple et la plus naturelle qu'on puisse lui donner.

Même la formule des nouvelles condictions est en grande partie empruntée à l'ancienne *legis actio*. En effet, Valérius Probus nous donne le sigle suivant : A. T. M. D. O., c'est-à-dire *Ajo te mihi dare oportere* (*d*), ce qui doit être tiré d'une *legis actio*, puisque dans les *formulæ* c'est toujours le préteur et non le demandeur qui parle.

On pourrait rattacher ici une considération encore plus générale. Les plus anciennes *legis actiones* (*sacramentum* et *judicis postulatio*) avaient le caractère d'une pure forme, et par là elles étaient susceptibles de s'appliquer aux objets les plus divers. La *legis actio per condictionem* eut égard aux besoins spéciaux de plusieurs rapports de droit, ce qui déjà marque un progrès de la jurisprudence. Dans le nouveau système des *formulæ*, le préteur prit ces condictions comme base de son système d'actions, mais en donnant à leur principe un développement plus libre et plus complet. La *legis actio per condictionem* aurait ainsi servi de transition au nouveau système d'actions. Cet enchaînement, si on l'admet comme réel, répondrait à la question que Gajus propose sans la résoudre : pourquoi on crut nécessaire d'établir la *legis actio per condictionem*, puisque déjà le *sacramentum* et la *judicis postulatio* remplissaient le même but (*e*).

XXIII.

La L. 9 de R. C. (XII, 2) détermine l'application de la *certi condictio* ; mais son début est tellement général, qu'on

(*d*) Auctores latinæ linguæ, ed. D. Gothofredus, 1602, p. 1453.
(*e*) Gajus, IV, § 20.

pourrait croire inutiles toutes les autres actions personnelles, puisque la *certi condictio* suffirait pour protéger toutes les obligations; d'après la généralité de ce texte, on pourrait même regarder comme superflue la *incerti condictio*.

Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur : sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto : licet enim nobis ex omni contractu certum condicere.

On pourrait chercher une restriction dans l'expression *contractu*, ce qui restreindrait l'action aux rapports de droit fondés sur des contrats; mais les expressions beaucoup plus générales *ex omni causa*, *ex omni contractu*, repoussent cette interprétation, et d'ailleurs le § 1 du même texte porte que l'action peut aussi s'appliquer à un legs et au délit de la L. Aquilia.

Ce qui d'abord doit nous rassurer contre l'extension exagérée que l'on pourrait donner à ce texte, c'est que les Romains eux-mêmes ont jugé nécessaire d'établir, indépendamment de la *certi condictio*, beaucoup d'autres actions personnelles. Voici, en réalité, la pensée d'Ulpien: certaines conditions positives sont requises pour l'admission de la *certi condictio*. Ulpien ne dit pas quelles sont ces conditions; mais ce sont précisément celles que j'ai énumérées plus haut (*a*). Dès que ces conditions sont remplies, et elles sont susceptibles de s'appliquer aux rapports de droit les plus divers, peu importe la nature du rapport de droit existant entre les parties. Ainsi donc (l'accomplissement de ces conditions une fois admis), la *certi condictio* est toujours possible, soit qu'elle ait pour base un contrat ou tout autre acte,

(*a*) Cette partie de l'interprétation qui, au premier abord, semble prêtée arbitrairement au texte, résulte clairement de ces mots : ex omni obligatione *ex qua certum petitur* (i. e. peti *potest*.) Cela signifie : si le rapport de droit est de nature à engendrer une *condictio certæ pecuniæ*, quel que soit d'ailleurs son caractère ou sa dénomination.

et le contrat peut être *certus* ou *incertus;* cela n'empêche pas la *certi condictio.* Les mots *sive ex incerto* ont, non sans motif, soulevé beaucoup de doutes, et cela tient à l'ambiguïté de l'expression, qui peut se rapporter également à l'indétermination de l'*objet* et à celle de *la nature du contrat.* Ainsi, dans le premier sens, on appelle incerta *stipulatio* une stipulation dont l'objet est incertain ; par exemple, une promesse de travaux, qui, au moyen d'une estimation encore incertaine, doit toujours être ramenée à une valeur déterminée (*b*). Ce sens ne saurait être celui de notre texte ; car, si un semblable *incertus contractus* pouvait motiver une *certi condictio,* il ne resterait plus de place pour la *incerti condictio.* Ulpien a donc en vue l'indétermination de la nature du contrat, très-conciliable avec la fixation d'une somme d'argent déterminée, et dès lors avec une *certi condictio.* En ce sens, la stipulation, le prêt, la vente, etc., sont des *certi contractus;* les *incerti contractus* sont ceux qui n'ont pas de nom individuel, ou dont le caractère participe de celui de plusieurs contrats déterminés (*c*) : voilà les *incerti contractus* dont parle ici Ulpien.

La généralité apparente du texte qui nous occupe a, depuis le moyen âge, singulièrement embarrassé les jurisconsultes. Ainsi, en vertu de ce texte, on a admis avec les glossateurs, à côté de la *condictio certi ex mutuo*, une *condictio certi generalis* (*d*). Mais d'abord cette phraséologie n'était pas authen-

(*b*) L. 74, 75, de V. O. (XLV, 1). — Les expressions *certus*, *incertus contractus*, se trouvent encore dans certains textes, où je ne saurais déterminer laquelle des deux significations il faut leur attribuer. L. 18, pr. de acceptil. (XLVI, 4), L. 1, § 6, de pec. const. (XIII, 5). Cf. Heffter in Gajum, lib. IV, p. 68.

(*c*) L. 1-4, de præscr. verb. (XIX, 5). C'est à peu près ce que les auteurs modernes appellent contrats innomés ; je dis à peu près, parce que ces derniers sont trop restreints au *do ut des aut facias, facio ut des aut facias.*

(*d*) Glossa in L. 9, de R. C. (XII, 1). — Cujacius, Opp. V. 399, VII, 650, X, 164.

tique, et ensuite on ne savait assigner à la seconde de ces actions aucunes limites précises. — Un point de vue beaucoup plus erroné et plus fécond en conséquences est celui adopté par des auteurs modernes (*e*). Ils prétendent qu'un créancier peut transformer en *certum* une prestation quelconque, et exercer une *certi condictio*, s'il veut courir le risque de voir l'estimation du juge inférieure à la somme par lui demandée, auquel cas il est déchu de son droit comme *plus petens*. Ainsi, par exemple, celui auquel un travail aurait été promis en vertu d'une stipulation, aurait toujours pu réclamer une somme de 100 livres, et aurait gagné son procès, si le juge avait estimé le travail 100 livres ou davantage. Cette doctrine est tout à fait inadmissible. D'abord, ce choix arbitraire entre les diverses formules est en contradiction directe avec l'esprit de l'ancien droit, car les formules avaient précisément pour but de renfermer chaque rapport de droit dans ses limites individuelles (*f*). Mais voici contre cette doctrine un argument sans réplique. Dans le cas proposé, l'*intentio* exprimant *centum dare oportere*, doit être rejetée, parce qu'il n'existe encore aucune dette d'argent, et que cette dette ne peut exister que plus tard, par suite de l'estimation du juge (*g*). Ici donc on réclamerait *aliud pro alio*, et cela entraîne le rejet de la demande, mais sauf la faculté d'en former une nouvelle pour l'objet véritable de la dette, car dans cette erreur il n'y a pas de *plus petere* (*h*). Ainsi, on

(*e*) Surtout par Hasse, Wesen der Actio, p. 75.

(*f*) Sans doute les formules recevaient diverses modifications (Appendice XIII, num. XVI-XIX); mais ces modifications étaient elles-mêmes soumises à des règles déterminées, et le choix n'en était nullement laissé au demandeur dans chaque cas particulier.

(*g*) L. 37, de V. S. (L. 16). « Verbum *oportere* non ad facultatem judicis pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur. » Voy. le Traité, § 216.

(*h*) Gajus, IV, § 55. — Ces mots du § 53, « sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulæ concipi debet, » ne s'appliquent pas directement ici,

ne saurait, à l'appui de cette doctrine, invoquer ces mots de notre texte : *ex qua certum petimus*, et les traduire par : « aussitôt qu'il nous plaît de transformer notre réclamation en une somme d'argent déterminée ; » ce serait là une interprétation entièrement fausse. J'ai donné plus haut la véritable (note *a*).

XXIV.

Je viens d'examiner les textes du Digeste qui pouvaient fournir des objections contre ma théorie des condictions ; maintenant je passe à ceux qui la confirment directement.

L. 9, § 3, de R. C. (XII, 1).

Quoniam igitur ex omnibus contractibus hæc certi condictio competit, *sive re fuerit contractus actus, sive verbis, sive conjunctim...*

Voici le sens de ces mots : En général, la condiction peut résulter *re* (d'un prêt, d'un *indebitum*, etc.), ou d'une stipulation, ou de ces deux formes de contrats réunis ; en particulier, la *certi condictio* existe quand l'objet de la prestation ou de la stipulation est de l'argent comptant. — Je suis persuadé qu'Ulpien avait ajouté : *sive literis*, et que les compilateurs l'ont effacé, parce que l'*expensilatio* était tombée en désuétude. Cette supposition admise, ce texte s'accorde entièrement avec les condictions et les limites assignées par moi aux condictions, et aussi avec le texte de Cicéron (num. XXI). Son expression est même plus exacte et plus complète que celle de Cicéron ; car on ne saurait ramener à une *datio* ou *adnumeratio* (termes employés par Cicéron) la *condictio sine causa*, y compris l'application spéciale où elle reçoit le nom de *condictio furtiva*, tandis que l'expression

car, d'après ce qui précède, ils se rapportent uniquement au danger du *plus petere*.

plus générale dont se sert Ulpien, *re conctractus factus*, s'y applique parfaitement (*a*).

Ce texte d'Ulpien exclut de l'application de la *certi condictio* (nous pouvons ajouter de la condiction en général) d'abord toutes les obligations fondées sur des délits ; car, si on peut dire à leur sujet : re *consistunt* obligationes, ou bien ex re *actio venit* (*b*), l'expression : re *contractus* factus ne saurait jamais leur convenir. Ensuite sont exclus les *consensu* contractus facti, car ils avaient une telle importance, qu'Ulpien ne les aurait jamais omis par inadvertance, et les compilateurs nauraient eu aucun motif pour les effacer, si Ulpien en eût fait mention. Nous avons donc ici une confirmation directe de la délimitation que j'assigne aux condictions.

Par la même on pourrait prétendre que cette circonscription étroite contredit l'extension illimitée exprimée au commencement de tout le texte (*ex omni causa*, *ex omni obligatione*) ; mais cette apparence de contradiction s'explique par l'addition déjà signalée : *ex qua certum petitur*, et par la considération suivante. Lorsque en dehors des limites ici posées un rapport de droit engendre une condiction, cela vient toujours de ce qu'une *re contracta obligatio* s'y trouve réellement melée. Quand, par exemple, une condiction prend naissance à l'occasion d'une société ou d'un mandat (num. VI), il y a toujours la réunion de deux obligations très-différentes, celle qui résulte du consentement et celle qui résulte de l'argent confié. Chacune d'elles a sa nature propre, son efficacité, son action ; et si l'une de ces actions absorbe l'objet de l'autre, celle-ci devient impossible. De même, un dommage corporel peut motiver l'*actio L. Aquiliæ* et la *condictio*, l'une résultant du délit, l'autre due bénéfice que réalise le

(*a*) Dans le sens très-ordinaire de *contractus*, où ce mot embrasse aussi les quasi-contrats, tels que la tutelle, la *negotiorum gestio*, etc. Voy. par exemple la L. 23, de R. J. (L. 17).

(*b*) L. 4, L. 46, de O. et A. (XLIV, 7).

défendeur. Ces doubles obligations produites par un seul et même fait ne sont pas imaginées dans l'intérêt de ma théorie des condictions; elles sont aussi reconnues dans d'autres cas qui n'admettent pas le moindre doute (*c*).

Nous n'avons plus, relativement à la L. 9, de R. C. (XII, 1), cette loi importante et difficile, qu'un seul cas à expliquer. le § 1 dit que la *certi condictio* peut aussi résulter *ex senatus-consulto*, lorsque celui qui intente l'action a recouvré une succession *ex Trebelliano Sc.* (*d*). Cela doit s'entendre nécessairement d'une condiction trouvée dans la succession, condiction résultant d'un prêt ou d'une stipulation du défunt. En pareil cas, la base de la condiction est évidemment le contrat, et le sénatus-consulte ne sert qu'à la transmettre au demandeur actuel; ainsi donc, l'expression : *ex* senatus-consulto agetur n'est pas tout à fait exacte; mais elle n'est pas plus inexacte que l'expression : *ex* lege Aquilia, qui signifie réellement : ex *causa* legis Aquiliæ, ou ex eo facto, quod lege Aquilia coercetur, car la lex Aquilia elle-même n'avait pas plus parlé que le Sc. Trebellianum des qualités requises pour exercer la condiction.

XXV.

Mais les textes les plus importants sur la nature de la condiction sont ceux de Gajus, et ils demandent à être interprétés d'autant plus soigneusement, que plusieurs auteurs modernes, faute de les entendre, sont tombés dans de graves erreurs sur la condiction, ou ont critiqué ces textes comme inexacts, vagues et contradictoires.

(*c*) Par exemple dans la L. 18, § 1, commod. (XIII, 6), quand celui qui a reçu une chose à titre de dépôt ou de commodat, la détruit ou l'endommage. Ici l'action résultant du contrat concourt avec l'*actio L. Aquiliæ* comme, dans les cas énumérés plus haut, la *condictio* par suite de l'enrichissement.

(*d*) Cf. Heffter in Gajum, lib. IV, p. 67.

Voici le texte principal :

Gajus, IV, § 5.

Appellantur autem in rem quidem actiones, vindicationes; in personam vero actiones, *quibus dari fieri oportere intendimus*, *condictiones* (*a*).

Toute la difficulté porte sur le sens de cette incise : (quibus... intendimus). On pourrait, au premier abord, lui attribuer un sens démonstratif, et l'interpréter ainsi : « Toutes les actions personnelles, *c'est-à-dire* celles avec *dari fierive*, sont appelées *condictiones*. » Alors ce texte serait en contradiction, non-seulement avec ma théorie, mais avec la phraséologie constante du Digeste, qui ne donne le nom de condictions qu'à une petite partie des actions personnelles. Il faut donc plutôt attribuer à cette incise un sens restrictif, et traduire :

On appelle *condictiones* les actions personnelles dont l'*intentio* a pour objet un *dari* ou un *fieri*.

Ainsi entendue, cette proposition est rigoureusement vraie, et s'accorde parfaitement avec ma théorie; mais, pour en fournir la preuve, je dois faire quelques observations préliminaires sur la phraséologie.

Dare signifie, dans le sens rigoureux des *formulæ*, attribution de la propriété *ex jure Quiritium* (num. V, *i*), c'est-à-dire un mode très-restreint de l'activité humaine. *Facere*, au contraire, embrasse toute espèce d'actes juridiques ou autres, et ainsi il comprend, entre autres choses, le *dare*,

(*a*) Le § 15, J. de act. (IV, 6) est rédigé de même, sauf quelques changements sans importance : « Apella*mus* in rem (sans autem).... da*re* face*re* oportere intendi*tur*. » La reproduction de ce texte à une époque où les *intentiones* avaient disparu depuis longtemps est une inadvertance bien extraordinaire. On doit donc prendre cette phrase incidente comme une simple explication, et alors elle signifie : toutes les actions personnelles s'appelaient *condictiones* ; ce qui, d'ailleurs, s'accorde mal avec le langage du Digeste, et avec plusieurs autres textes des Institutes elles-mêmes.

solvere, numerare, judicare, ambulare, reddere, non facere, curare ne fiat (*b*).

Relativement aux contrats, c'est-à-dire aux actes juridiques, nous ne trouvons que deux espèces d'*intentiones in jus conceptæ* : si paret, centum (ou fundum, servum) *dari* oportere, et : quidquid *dari fieri* oportet; nulle part, nous ne trouvons d'autre espèce de formules, et nommément un simple *facere* ou *fieri oportere* (*c*). — Voici comment cela s'explique. Rigoureusement, le simple *facere oportere* eût toujours suffi, puisqu'il renferme aussi le *dare*; mais comme la formule avec *dare* avait des effets et des avantages spéciaux, comme je le montrerai plus bas, on ajoutait *dare* à l'*intentio* toutes les fois que les règles du droit le permettaient, afin de rappeler au préteur et au *judex* l'application de ces conséquences spéciales. Dare facere équivaut à dare *aut* facere (*d*), et cette alternative exprimait que le *judex* avait toute latitude pour reconnaître l'obligation, soit d'un *dare*, soit de tout autre fait, ou de l'un et de l'autre cumulativement. Cette *intentio* s'appliquait aussi aux cas où il ne s'agissait pas d'un *dare*, mais, par exemple, d'un travail à exécuter. On n'avait pas d'intérêt à insérer seulement dans

(*b*) L. 218, 175, 189, de V. S. (L. 16).

(*c*) La seule différence est que pour les condictions on n'employait que les expressions rapportées plus haut, tandis que pour les *b. f. actiones* on ajoutait : *ex bona fide* après *oportet*. — On pourrait s'étonner de la forme tantôt active tantôt passive *de dare facere*. Voici comment cela s'explique. La forme active s'appliquait naturellement aux formules réelles ou un individu déterminé est toujours désigné comme débiteur (par ex. : quidquid Negidium dare facere oportet); mais quand on parlait de ces *intentiones* d'une manière abstraite, on pouvait employer l'une ou l'autre forme, comme on l'a vu (note *a*) dans l'exemple de Gajus comparé aux Institutes de Justinien.

(*d*) L. 53, pr. de V. S. (L. 16). « Sæpe ita comparatum est, ut conjuncta pro disjunctis accipiantur... Cum vero dicimus, *quod eum dare facere oportet*, quodvis eorum sufficit probare. » On n'a donc pas besoin d'établir ces deux choses, mais seulement l'une ou l'autre.

la formule *facere oportere*, car alors elle n'aurait pas offert les avantages exclusifs attachés au *dare*.

XXVI.

Maintenant je vais montrer que la definition de la *condictio* donnée par Gajus suffit pour exclure du domaine des condictions toutes les actions que j'ai exclues moi-même (*a*). Ainsi se trouvent exclues :

1) Toutes les actions prétoriennes, car, en général, elles n'avaient qu'une *intentio in factum concepta* (Traité, § 216).

2) Toutes les actions civiles *in rem*, car leur *intentio* portait : *rem* (*servitutem*, *hereditatem*) *suam esse*.

3) Toutes les actions civiles fondées sur des délits, car l'*intentio* de la *furti actio* était certainement : *pro fure damnum decidere oportere;* celle de l'*actio L. Aquiliæ* était simplement, selon toute apparence : *damnum decidere oportere;* et pour les autres délits civils l'*intentio* était vraisemblablement rédigée à peu près de même (*b*).

4) Toutes les *bonæ fidei actiones;* car leur *intentio* se terminait par l'addition : *ex fide bona* (*c*).

D'après cette manière de distinguer les différentes classes d'actions par la rédaction de l'*intentio*, celle choisie pour les actions civiles fondées sur des délits semble arbitraire et nullement motivée, car on pourrait croire que *facere* suffisait, vu sa généralité, et même le simple *dare*, puisque le résultat de ces actions, comme aussi le contenu primitif de l'obligation qui en fait la base, était toujours un payement en argent. Mais cette *intentio* spéciale avait pour but de

(*a*) Cf. num. I, et Appendice XIII, num. VI.

(*b*) Cf. num. XX.

(*c*) Cf. num. XXV, note *c*. — Ces mots de Gajus *quibus dari... intendimus* doivent être pris dans toute leur rigueur, c'est-à-dire : en ces termes et en ces termes seuls, sans aucune addition.

faire distinguer au premier coup d'œil ces actions de toutes les autres. Cela avait souvent de l'importance; par exemple dans le cas d'une novation. Ainsi, celui qui s'engageait à acquitter *quiquid furem dare facere oportet*, n'avait en vue que *condictio furtiva*, et la *furti actio* continuait de subsister; par ce moyen, les deux obligations différentes du voleur se trouvaient distinguées nettement, et toute méprise devenait impossible (*d*).

Il y avait encore dans l'ancien droit un autre motif et un motif grave pour ne pas appliquer à la *furti actio* le *dare facere oportere*. D'après les XII Tables, le *fur manifestus* encourait non une peine pécuniaire, mais la perte de la liberté; il devait souffrir l'*addictio*. On ne pouvait appliquer ici ni *dare*, ni *facere*; mais l'expression indéterminée *decidere* embrassait aussi cette peine; par ce moyen l'on réunissait sous une même formule toutes les espèces de *furti actio* Ce motif cessa d'exister quand le préteur eut établi pour le *furtum manifestum* la peine pécuniaire du quadruple de la valeur.

Ainsi donc, la définition de la *condictio* donnée par Gajus est précise et tout à fait satisfaisante. On ne saurait donner le même éloge à un texte d'Ulpien où *condictio* est représenté comme synonyme de *in personam actio* (*e*). Ensuite il paraît s'accorder avec Gajus en ajoutant : In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis *ad faciendum aliquid vel dandum*. Mais cela ne rectifie rien, car l'*obligation* de *dare* ou de *facere* existe en réalité dans toutes les obligations, sans exception, et dès lors elle ne forme pas le caractère distinctif des condictions. Mais comme ce texte d'Ulpien est en contradiction directe avec plusieurs autres textes du même auteur, nous avons tout lieu de croire que

(*d*) Un cas semblable est mentionné dans la L. 72, § 3, de solut. (XLVI, 3).
(*e*) L. 25, pr. de O. et A. (XLIV, 7). Voy. le Traité, § 206.

les compilateurs l'ont gravement altéré. — J'ai déjà montré (num. XXV, *a*) comment un texte des Institutes, tout en reproduisant les expressions de Gajus, donne en réalité le nom de *condictio* à toutes les actions personnelles. — Une semblable extension du langage, mais moins formelle, se trouve aussi dans un texte du Code (*f*).

Une objection beaucoup plus sérieuse serait de signaler des textes d'anciens jurisconsultes, ou, à l'occasion d'un rapport de droit individuel, le mot *condictio* serait employé pour désigner une *bonæ fidei actio*, nommément l'*actio præscriptis verbis*. Or, tels sont, a-t-on dit, les deux textes suivants :

a) L. 19, § 2, de prescriptis verbis (XIX, 5).

Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et *incerti condictione, id est præscriptis verbis*.

J'ai déjà observé plus haut que la Vulgate, au lieu de *condictione*, porte *actione;* or, comme incerti *actio* est une désignation parfaitement régulière de l'actio præscriptis verbis, et que cette dernière leçon est confirmée par des manuscrits, nous ne devons nous faire aucun scrupule de l'adopter, pour écarter la difficulté qui résulterait de ce texte (§ 217, *o*).

b) L. 3, § 4, de cond. causa data (XII, 4). On dit immédiatement auparavant, que si le maître d'un esclave reçoit une somme d'argent, sous condition d'affranchir cet esclave à une époque déterminée, et que, avant cette époque, l'esclave meure sans la faute du maître, celui-ci n'est pas tenu de restituer l'argent (*g*). Vient ensuite le texte cité :

(*f*) L. 1, C. de don. q. sub modo (VIII, 55). «... condictio quidem tibi in hoc casu, *id est in personam actio,* jure procedit »... On peut prendre ces mots *id est*, etc., comme l'explication du mot *condictio* (de même que dans la L. 25, pr. de V. O.); mais ils peuvent aussi signifier : « laquelle action personnelle serait dans l'espèce une *condictio.* »

(*g*) L. 3, § 3, de cond. causa data (XII, 7). «... Proculus ait, si post id tem-

Quin imo et si nihil tibi dedi ut manumitteres, *placuerat tamen ut darem*, ultro tibi competere actionem quæ ex hoc contractu nascitur, *id est condictionem*, defuncto quoque eo.

Ici, disent la plupart des auteurs, l'actio præscriptis verbis est désignée comme condictio. D'abord la condiction ne saurait exister, car le maître qui n'a pas affranchi l'esclave ne peut jamais dire *feci* ut dares. Aussi plusieurs ont pensé que les mots *id est condictionem* ont été ajoutés par Tribonien, ou bien par les copistes. Mais ce moyen violent ne résout que la moitié de la difficulté, l'emploi du mot *condictio;* reste toujours à savoir qu'elle est la base de l'action. Mais évidemment ici les mots *ex hoc contractu* ne sont que la répétition de ceux qui précèdent : *placuerat* tamen ut darem Or, le *placitum* ne peut-être appelé *contractus* et engendrer une action, que s'il a été validé par une stipulation. Telle est la pensée qu'Ulpien n'exprime pas directement, mais qu'il indique clairement par la répétition de *ex hoc contractu* (*h*). Ici donc la condiction est la *certi condictio*, résultant de la stipulation, et voici la déduction parfaitement logique d'Ulpien. De même que dans le cas du prédécès de l'esclave, le maître doit *conserver* l'argent (§ 3 : si minus *cessare*); il peut aussi le *réclamer,* s'il n'a pas été payé, mais promis par une stipulation (*i*).

poris decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse : *si minus cessare.* » Il faut sous-entendre ici ces mots déjà exprimés dans le § 2 et au commencement du § 3, *nisi pæniteat,* qu'Ulpien ne voulait pas répéter chaque fois. Mais ce *pœnitere* est renfermé dans d'étroites limites, de sorte qu'en dernier résultat il peut souvent ne produire aucun effet. L. 5, pr. § 2, 3, 4, eod.

(*h*) Dans d'autres textes, la stipulation est nommée expressément à côté du *placitum* (L. 27, C. de pactis, II, 3, L. 4, C. de rer. perm. IV, 64). Ici elle est mise hors de doute par le mot *contractu.*

(*i*) Ici encore il faut sous-entendre : *nisi pœniteat* (note *g*.). — L'explication que je propose se trouve déjà, quant aux points essentiels, dans Chesius, Jurispr. Rom. et Att., p. 786. D'autres explications se trouvent dans Glück,

XXVII.

D'autres textes de Gajus semblent attribuer à la condiction une *intentio* avec *dare oportere* (sans *facere*), et ainsi différente de celle donnée dans le texte cité plus haut (num. XXV). Cela demande à être expliqué et justifié.

Gajus, IV, § 18 (*a*).

Nunc vero non proprie (*b*) condictionem dicimus actionem in personam, qua intendimus *dari nobis* (*c*) *oportere* : nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

Gajus voulait comparer les nouvelles condictions aux anciennes *legis actiones*, qui portaient le même nom; or, celles-ci n'ayant que le *dare* pour objet (*d*) il devait naturellement mentionner celle des nouvelles condictions dont le contenu était semblable, et ainsi seulement celles avec *dare*, non celles avec *dare facere*.

Cela est plus évident encore dans le texte suivant, où il avertit de ne pas croire que les nouvelles condictions reposent sur une fiction de l'ancienne, et que cette fiction est exprimée dans leur formule. Une semblable méprise était possible dans les nouvelles condictions avec *dare*, non pour celles avec *dare facere*, puisque le contenu de ces dernières n'avait aucune analogie avec celui des anciennes condictions.

vol. XIII, p. 41, et dans Schulting, Notæ ad Digesta, III, p. 74. Pfordten, Abhandlungen, p. 278, propose une nouvelle interprétation.

(*a*) Il avait parlé auparavant de l'ancienne *legis actio per condictionem* ; il avait observé à ce sujet que *condicere* veut dire proprement *denuntiare*, et que pour l'ancienne *condictio* la *denuntiatio* était ordinairement à 30 jours. Le passage cité dans le texte se retrouve avec de légers changements au § 15 de act. (IV, 6).

(*b*) Inst. *abusive*.

(*c*) Inst. *Actor intendit* dari *sibi* oportere (parce que l'empereur ne voulait pas figurer personnellement dans l'explication).

(*d*) Gajus, IV, § 19.

Gajus, IV, § 33.

Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur. Sive enim *pecuniam* sive *rem* aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam *dari nobis oportere* intendimus, nec ullam adjungimus condictionis fictionem.

La différence de rédaction entre ces deux textes et celui cité d'abord est donc complétement expliquée et justifiée, et nous n'avons pas lieu d'attribuer à Gajus une phraséologie variable et inexacte (*e*). Nous ne devons non plus voir dans ces textes de Gajus un développement progressif de la condiction, et croire qu'à l'ancienne condiction a succédé d'abord une nouvelle avec *dare*, et plus tard une seconde avec *dare facere* (*f*). Gajus ne distingue que deux époques différentes, celle des *legis actiones* (antérieurement à la L. Æbutia) et celle qui commence avec l'abolition des *L. actiones* et l'introduction des *formulæ*; cette dernière époque, il la désigne constamment par le mot *nunc*. Quand ensuite il qualifie la phraséologie nouvelle par *non proprie* (dans Justinien *abusive*), il n'exprime aucun blâme, il veut seulement signaler la dérogation faite à l'ancienne phraséologie et à l'étymologie littérale, car *condicere* équivaut à *denuntiare*, et il n'y a plus de *denuntiationes* dans les nouvelles condictions.

XXVIII.

Le dernier texte de Gajus, qui doit nous occuper ici, est ainsi conçu :

Gajus, IV, § 2.

(*e*) Ce que je dis ici n'est point applicable au § 15, J, de act. (IV, 6), car il a été maladroitement compilé d'après Gajus, § 5 et 18; de sorte que l'on ne voit pas pourquoi, dans la première moitié du texte, la formule de la condiction porte *dare facere*, et dans la seconde, *dare*, et cette différence semble un défaut d'attention.

(*f*) Heffter in Gajum, lib. IV, p. 65.

In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus, *dare*, *facere*, *præstare oportere*.

Si la rédaction n'est pas ici la même que dans les trois textes cités plus haut, cela ne présente aucune difficulté, car ces trois textes parlaient seulement des condictions, et celui-ci parle des actions personnelles en général, dont les condictions ne forment qu'une espèce particulière. — Ensuite il est évident, et cela s'explique de soi-même, que les mots : id est... oportere, n'embrassent pas toutes les actions personnelles en général, mais seulement celles dont l'*intentio* est *in jus concepta*; celles rédigées *in factum* étaient susceptibles de tant de variétés qu'on aurait pu ramener leur contenu à une désignation commune.

Toute la difficulté porte sur le mot *præstare*. En effet les mots *dare facere* répondent à une formule d'*intentio* bien connue; on doit croire que beaucoup d'actions avaient pour *intentio* : *præstare oportere*. Or, une pareille *intentio* ne se trouve pas une seule fois dans toutes les sources du droit, et il est bien peu vraisemblable que Gajus, qui cite tant d'exemples de diverses formules, eût oublié de donner un seul exemple de celle-ci; encore bien moins doit-on supposer que les Romains auraient varié indifféremment les expressions de leurs formules, car nous trouvons en cette matière l'observation d'une uniformité rigoureuse.

Mais tout s'explique par cette circonstance, que Gajus voulait parler de toutes les actions personnelles en général, par conséquent aussi, comme il l'ajoute lui-même, des actions fondées sur des délits, actions auxquelles ne s'appliquait pas l'expression *dare facere* (num. XXVI); et c'est à elle que se rapporte l'expression *præstare* (*a*). Non que le

(*a*) La même explication, mais abrégée, se trouve dans Puchta, Lehrbuch der Pandekten, p. 213, note *b*. — Marezoll (dans Linde's Zeitschrift, vol. X, num. VIII) exprime une autre opinion sur *dare*, *facere*, *præstare*. Suivant lui,

mot *præstare* se trouvât effectivement dans leur *intentio;* mais il indique d'une manière générale une rédaction différente de *dare facere.* Voici donc le paragraphe du texte cité de Gajus : « Les actions personnelles ont pour *intentio,* « tantôt un simple *dare,* tantôt une autre espèce d'acte, *fa-* « *cere,* ou bien enfin, une prestation que ne désigne pas « l'expression *dare facere.* » Ainsi, le *præstare* ne diffère pas du *facere,* quant à la chose ; de sorte qu'il ne fut pas compris dans le *facere;* mais il en diffère par l'expression, et il se rapporte à l'*intentio* des obligations fondées sur des délits : *damnum decidere,* ou *pro fure damnum decidere* (*b*).

On m'objectera que si la pensée de Gajus eût été telle, il aurait pu dire avec plus de précision : dare facere *damnum decidere* oportere. Mais les diverses actions fondées sur des délits avaient dans leur *intentio* des particularités (num. XXVI) qui ne pouvaient être comprise que sous une dénomination aussi abstraite que celle de *præstare.*

Cette interprétation du texte de Gajus est confirmée par le changement qu'il a subi dans les institutes de Justinien. § 1, J. de act. (IV, 6).

Actiones in personam sunt, per quas intendit, adversarium ei dare facere oportere, *et aliis quibusdam modis.*

Les *alii modi*, substitués à *præstare*, sont précisément : *damnum decidere*, *pro fure damnum decidere*, et peut-être

præstare s'applique aux *b. f. actiones* et équivaut à *dare facere*, tandis que les *str. j. actiones* doivent avoir pour objet *dare* ou *facere* (p. 275, 280, 286, 297, 309, 310). Quand bien même il en serait ainsi, on ne voit aucune raison pour ajouter le *præstare* au *dare facere*, car Marezoll lui-même ne prétend pas que le mot *præstare* ait jamais fait partie de l'*intentio*. Dare facere (pour dare *aut* facere) a le même sens dans les *b. f. actiones*, et la *seule* différence entre les deux espèces d'actions consiste dans l'addition de *ex fide bona*.

(*b*) Africain emploie indifféremment damnum *præstare* et damnum *decidere*, pour désigner la prestation répondant à la *furti actio*. L. 61, pr. § 1, 2, 3, 5, de furtis (XLVII, 2).

encore beaucoup d'autres formules, à nous inconnues, des diverses actions fondées sur des délits (*c*).

XXIX.

Voici quelques textes qui, par l'insertion du mot *præstare*, ont de l'analogie avec celui de Gajus dont je viens de parler, et qui ont besoin d'être expliqués pour prévenir toute méprise et toute incertitude.

Paul dit, dans la L. 3 pr., de O. et A. (XLIV, 7) :

Obligationum substantia... in eo consistit... ut alium nobis obstringat ad *dandum* aliquid, vel *faciendum*, vel *præstandum*.

Ici le *faciendum* ou le *præstandum* (à côté du *dandum*) eût complétement suffi ; l'énumération en soi superflue des trois objets possibles renferme une allusiou évidente aux trois espèces d'*intentio*, ainsi dénommées dans les formules d'actions, telles que nous les voyons exprimées dans le dernier texte de Gajus, et probablement aussi par d'autres jurisconsultes.

La Lex Julia ou Papia avait ordonné que tout affranchi ayant au moins deux enfants sous sa puissance paternelle serait libre de toutes les obligations contractées antérieurement envers son patron, soit par serment, soit par stipulation, ou de toute autre manière. Voici comment cela est exprimé dans le décret même du peuple :

L. 37 pr., de operis libert. (XXXVIII, 1).

Ne quis eorum..... quicquam.... *dare*, *facere*, *præstare* debeto.

(*c*) En effet, on ne doit pas rattacher les mots de la fin à ceux qui précèdent : *vel ex contractu*, *vel ex maleficio*, comme s'ils embrassaient les quasi-contrats et les quasi-délits, ainsi que le fait, entre autres, Otto in Inst. l. c., car cette espèce de parenthèse voudrait dire que les contrats et les délits seulement, non les quasi-contrats, engendrent des actions *in personam* avec *dare facere oportere*. La bonne interprétation est soutenue par Vinnius et par Schrader sur le § cit.

Dans cette occasion, où il s'agit uniquement de contrats, *præstare* ne peut s'entendre des obligations fondées sur des délits; mais aussi ce texte parle en général, non des formules d'actions, mais de stipulations effectuées, dont la rédaction était abandonnée à la volonté des parties. Ce texte signifie donc : « L'affranchi doit être libéré de tout ce qu'il a pro-« mis, soit que la promesse ait pour objet un *dare*, un *facere* « ou toute autre prestation désignée d'une manière quel-« conque. »

La Lex Galliæ Cisalpinæ, cap. XXII, ordonne que, pour toute action dont l'objet n'est pas de l'argent comptant, la *in jure confessio*, faite dans un municipe, entraînera contre son auteur les mêmes conséquences que si elle eût été faite à Rome. Cette prescription est conçue en ces termes (lignes 31-34) :

Sei is eam rem.... dare, facere, præstare, restituereve oportere, aut se debere, ejusve eam rem esse, aut se eam habere, eamve rem, de qua arguetur, se fecisse, obligatumve se ejus rei noxiæve esse, confessus erit, deixeritve...

Ici le *præstare*, à côté du *dare facere*, se rapporte aux obligations fondées sur des délits. Le *restituereve aut se debere*, appliqué à des formules d'actions, après l'énumération qui précède, eût été superflu, comme aussi : *eamve rem.... se fecisse*, *obligatumve se.... esse*. Mais il ne s'agit pas ici de formules d'actions toujours les mêmes, mais bien de confessions, dont l'expression peut varier autant que celle des stipulations, dont parle le texte précédent. Ainsi la loi veut dire : Il est indifférent que la *confessio* soit conçue dans les termes ordinaires des formules d'actions (dare, facere, præstare oportere), ou en tous autres termes exprimant une obligation (restituere, oportere, se debere, obligatum se esse). Au contraire, les mots : ejusve eam rem esse, aut se eam habere, désignent évidemment le cas d'une *in rem actio*, où, comme on sait, la preuve porte sur deux choses,

dès lors susceptibles d'être avouées : la propriété du demandeur (*ejus* eam rem esse), et la possession du défendeur, qui avoue (*se* eam habere) (*a*).

XXX.

La différence et l'affinité existant entre les condictions et les autres actions personnelles ressortiront encore mieux du tableau des *intentiones in jus conceptæ*, qui nous ont été conservées d'une manière plus ou moins complète dans des exemples d'actions personnelles.

A) Condictions (stricti juris actiones).

Si paret, X millia dari oportere. Gajus, IV, § 41-86.

Si paret fundum Cornelianum dari oportere (*a*).

Quidquid dari fieri oportet. Gajus, IV, § 136, L. 29, § 1, de V. O. (XLV, 1), L. 72, § 3, de sol. (XLVI, 3.)

B) Bonæ fidei actiones.

Elles ont toujours pour intentio: Quidquid dari fieri oportet ex fide bona, et cette intentio ne varie jamais (*b*). Voici les exemples que nous en avons :

Depositi actio. Gajus, IV, § 47, 60.

(*a*) Marezoll (dans Linde's Zeitschrift, vol. X, p. 283) applique à la revendication le *restituere* oportere. L'expression restituere admettrait cette interprétion ; mais oportere se rapporte exclusivement aux obligations, et ces mots : *ejus eam rem esse*, *se eam habere*, sont les seuls qui aient trait à la revendication. Le restituere oportere se rapporte donc à la restitution d'une *res commodata, deposita, locata*, pour laquelle suffirait l'aveu avec *dare facere, debere, obligatum esse*.

(*a*) Nous n'avons pas de formule complète de cette espèce; mais on ne saurait douter, d'après Gajus, IV, § 33, et II, § 204, qu'elle ne fût simplement rédigée avec *dare oportere*.

(*b*) Cette formule ne se trouve aussi complète que dans Gajus, IV, § 47; Cicero, de Off. III, 16, et Valerius Maximus, VIII, 2, § 1. Dans les autres textes où la formule n'est citée qu'incidemment, on ne trouve pas les mots de la fin, qui d'ailleurs doivent se suppléer dans tous ces textes : *dare facere oportet*, et jamais simplement *facere* ou *præstare*, ou toute autre expression ; or cette réunion de tant de témoignages est un fait important à constater.

Emti. Gajus, IV, § 131 (dans la seconde formule), Cicero, de Offic., III, 16. Valerius Maximus. VIII, 2, § 1.

Venditi. L. 27, de novat. (XLVI, 2.)

Locati. L. 89, de V. O. (XLV, 1.)

Pro socio. L. 71. pro socio (XLVII, 2).

Tutelæ. L. 11, rem pupilli (XLVI, 6).

C) Obligations fondées sur des délits.

Quelques exemples, avec des formules incomplètes, sont incertains, parce que le *dare facere* qui s'y trouve peut se rapporter également à une condiction et à une *b. f. actio*. Gajus, IV, § 41, 131 (dans la seconde formule).

Un texte très-important en cette matière est la formule de la *Aquiliana stipulatio*, que nous avons complète. Elle était destinée à embrasser divers actes juridiqnes, peut-être d'espèces très-différentes, et à les éteindre par *novatio*, de telle sorte que la simple *acceptilatio*, à laquelle elle donnait naissauce, suffit pour repousser sûrement toute réclamation future. Dans ce but, voici comment elle s'exprimait relativement aux obligations (*c*) :

Quidquid te mihi ex quacumque causa *dare facere oportet*, oportebit, præsens in diemve....

Ici l'on voulait certainement embrasser tous les engagements formés, soit par stipulation, soit par d'autres contrats, et ainsi tant *stricti juris* que *bonæ fidei*; et comme on jugeait l'expression *dare facere* suffisante pour obtenir ce résultat, il faut bien que cette expression désignât effectivement toutes les obligations contractuelles possibles. Le *præstare* ne figure pas ici, par cette raison très-naturelle que, dans cette stipulation, on avait en vue non des dettes fondées sur des vols ou autres délits, mais bien sur des contrats et autres actes semblables.

(*c*) L. 18, § 1, de accept. (XLVI, 4). § 2, J. quibus modis oblig. (III, 29).

XXXI.

Aprés avoir examiné les condictions en général, il me reste à déterminer leurs différentes espèces.

La confusion vient, chez la plupart des auteurs, de ce qu'ils regardent comme de la même espèce toutes les condictions qu'ils voient spécialement désignées, et de ce qu'ils les placent sur la même ligne, comme membres d'une seule et même division. Il y a, au contraire, deux points de vue distincts sous lesquels il faut envisager les condictions pour les classer (*a*).

Premièrement, d'après leur cause déterminante, et nous trouvons les désignations qui suivent : *condictio indebiti*, *sine causa*, *ob causam datorum*, *ob injustam causam*, *ex causa furtiva*, *ex lege*. Ces dénominations n'appartiennent pas à une classification complète, elles servent uniquement à désigner brièvement certains cas particuliers; c'est là, en général, un moyen qui facilite la clarté en théorie, mais auquel se rattachent peu de conséquences pratiques (*b*). Les anciens n'attachaient pas grande importante à ces dénominations; souvent ils ne s'en servaient pas, ou s'en servaient d'une manière inexacte; les cas principaux n'avaient même pas de semblables dénominations, telles que les condictions résultant du prêt, de la stipulation (*c*), de l'*expensilatio*, du legs bien que l'on puisse aussi exprimer la cause déterminante

(*a*) On a donc eu tort de placer sur la même ligne : condictio indebiti, triticaria, furtiva, etc. Gans, Obligationenrecht, p. 87, 132, relève très-bien cette erreur; mais lui-même se trompe dans le sens inverse, en distinguant trois points de vue, ce qui n'est pas justifié par les sources et jette de la confusion sur une matière claire en elle-même.

(*b*) On peut néanmoins en signaler plusieurs : telles sont, pour la *condictio indebiti*, les règles détaillées relatives à la preuve.

(*c*) Je parlerai plus bas de l'expression technique *actio* ex stipulatu; mais *condictio* ex stipulatu n'est pas usité. — Sur le nom de condictio ex mutuo, voy. num. XLII, a.

de ces diverses condictions, toutes les fois que cela est nécessaire. Le nom de *condictio ob turpem causam* ne désigne pas une cause particulière, mais une modification spéciale dont la *condictio sine causa* et *ob causam datorum* sont susceptibles, quand le but est entaché d'immoralité.

Deuxièmement, d'après les formules des actions, et ici se montrent immédiatement des conséquences pratiques importantes (*d*). La méthode la plus sûre pour traiter cette matière difficile et controversée est d'énumérer d'abord les classes des condictions elles-mêmes, sans s'embarrasser de leurs noms, et d'entreprendre ensuite une recherche spéciale sur les noms.

XXXII.

Relativement aux formules d'actions et à leurs effets, il existe trois classes de condictions, ni plus ni moins.

I. Condiction ayant pour objet une somme déterminée d'argent comptant. Elle n'était possible que si la cause alléguée (prêt, stipulation, etc.) désignait une somme d'argent comptant; mais alors elle était en même temps nécessaire, et ne laissait pas la moindre place à l'arbitraire. Sous ce rapport, une formule mal choisie entraînait certainement le rejet de l'action.

La formule était : Si paret, centum dare oportere, judex centum condemna (*a*); ainsi donc, *certa intentio* et *certa condemnatio*. Peut-être y avait-il auparavant une *demonstratio* qui exprimait le motif de la demande, par exemple : Quod Agerius Negidio centum mutuos dedit, ou : de Negidio centum stipulatus est. La *demonstratio* n'était pas tou-

(*d*) La différence de ces deux classifications se montre en ce que la stipulation, l'*indebitum*, le vol, etc., peuvent, suivant la nature de l'objet, donner lieu à une *condictio* tantôt *certi*, tantôt *incerti*.

(*a*) Gajus, IV, § 41, 43, 86; voy. num. XXX.

jours indispensable, et, nommément dans le procès de Roscius, elle paraît n'avoir pas existé, car autrement Cicéron n'aurait pu mettre en question si la base de l'action était un prêt, une stipulation ou une *expensilatio*. Peut-être le demandeur était-il libre d'ajouter ou de ne point ajouter de *demonstratio*. Lorsque la condiction avait un motif spécial, tel qu'un vol, un *indebitum*, etc., la *demonstratio* était probablement exigée. — Nous sommes même autorisés à croire que la cause de la demande pouvait être exprimée directement dans l'*intentio* (Si paret, *ex stipulatu* centum dari oportere) (*b*) ; de sorte que, sous ce rapport, la rédaction de la formule admettait une certaine liberté. D'après le motif donné ci-dessus, dans le procès de Roscius, la cause de la demande n'était pas non plus exprimée dans l'*intentio*. D'un autre côté, un texte de Quintilien, cité plus haut (X, *k*), suppose que la stipulation, comme base de l'action, était exprimée dans la formule; mais on ne voit pas si c'était dans la *demonstratio* ou dans l'*intentio*.

L'effet spécial et très-important attaché à cette espèce de condiction était la *sponsio tertiæ partis*, qui n'était pas restreinte au prêt d'argent, mais pouvait s'appliquer à toute condiction ayant pour objet de l'argent comptant (num. X, *l*, *m*). Cicéron l'appelle aussi *legitimæ* partis sponsio, sans doute comme ayant été introduite par la *Lex Silia*, pour l'ancienne *legis actio* relative à l'argent comptant, d'où elle avait été ensuite transportée à la condiction.

Voici quel était le sens de cette *sponsio* : le demandeur pouvait contraindre le défendeur à s'engager, dans le cas où il serait condamné, à payer, indépendamment de la somme principale, le tiers de cette somme à titre de peine. Le de-

(*b*) Gajus, IV, § 55. « Item palam est, si quis aliod pro alio inteoderit, nihil eum perielitari (velut)... si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, eui ex stipulatu debebatur. » Le rapproebement du § 58 prouve qoe Gajus parle ici d'une allégatioo cootenoe daos l'*intentio*.

mandeur devait, il est vrai, promettre la même somme pour le cas où sa demande serait rejetée (c); mais si l'action était fondée et appuyée sur de bonnes preuves, le demandeur ne courait pas un grand danger.

Cette particularité de la condiction ayant pour objet de l'argent comptant était plus importante dans la pratique qu'on ne pourait le croire au premier aspect; ce fut sans doute là l'intérêt, qui, plus tard, lorsque les différences du personnel des juges tendirent à s'effacer, conserva une ligne de démarcation profonde entre les condictions et les autres actions. Que l'on réfléchisse combien même aujourd'hui serait grave une action qui entraînerait pour la partie qui succombe une perte de 33 $\frac{1}{3}$ pour 100 sur l'objet du litige.

XXXIII.

II. Condiction ayant pour objet une chose déterminée, autre que l'argent comptant.

La formule était : Si paret, fundum Cornelianum (ou Stichum servum, ou bien encore tritici optimi modios centum) dari oportere, judex quanti ea res erit tantam pecuniam condemna; ainsi *certa intentio*, mais *incerta condemnatio* (num. XXX). La demande pouvait avoir les motifs les plus divers, même un prêt, pourvu que ce ne fût pas un prêt d'argent. Ici donc, la différence de l'*objet* du prêt (num. V) est importante pour la pratique. Le motif de la demande, de même que dans la condiction relative à un prêt d'argent (num. XXXII), est souvent, mais pas toujours, exprimé dans une *demonstratio* préliminaire, ou dans l'*intentio* même.

Cette formule était non-seulement admissible, mais nécessaire, lorsque la stipulation, etc., invoquée par le de-

(c) Gajus, IV, 13, 180.

mandeur, avait les caractères requis ; et ainsi le choix de cette formule n'était jamais arbitraire.

Elle était moins favorisée que la formule précédente, n'étant pas protégée par la *sponsio tertiæ partis ;* mais elle exposait aussi au danger du *plus petere*, car elle avait aussi une *certa intentio* (*a*).

La question la plus difficile que présente cette espèce d'action, porte sur l'étendue de la condamnation prononcée par le juge. D'après la formule, la condamnation doit être égale au *quanti res est*, ce que plusieurs textes traduisent par *æstimatio* (*b*). Mais on demande si cette *æstimatio* doit embrasser simplement la valeur vénale, ou l'intérêt peut-être beaucoup plus élevé du demandeur. On pourrait adopter la première opinion, à cause de la nature littérale de la *stricti juris actio*, et parce que, sans cela, il n'y aurait pas de différence, sous ce rapport, entre les actions rigoureuses et les actions libres. Je crois néanmoins que la condamnation doit embrasser tout l'intérêt du demandeur, et cela par les motifs suivants.

L'expression *quanti res est* se prenait tous les jours davantage dans le sens de *quanti interest*, et cela notamment dans les formules de condamnation de plusieurs actions (Appendice XII). Sans doute, il se pourrait que, pour les condictions, l'appréciation plus restreinte de la valeur vénale eût été jugée nécessaire ; mais, alors il est bien peu vraisemblable que l'on eût conservé la même expression que pour les actions dont je viens de parler, au lieu de signaler la différence du droit par la différence des termes employés dans la formule de la condamnation.

Ensuite j'ai observé plus haut que les condictions désignées par leur cause déterminante ne doivent pas être con-

(*a*) Gajus, § 53, 54.

(*b*) L. 39, § 1, de leg. 1 (XXX, un.) (qui mentionne la stipulation), L. 98, § 8, de solut. (XLVI, 3), Gajus, II, § 202.

sidérées comme des actions différentes soumises à un droit différent (num. XXXI). Or, celui qui volait un esclave était certainement condamné à désintéresser entièrement le propriétaire (*c*); cela est donc fondé sur la nature de la condiction, et devait s'appliquer également lorsque l'esclave promis par une stipulation n'était pas livré (*d*). Peut-être on m'objectera que cela a lieu pour la *condictio furtiva*, comme punition de l'immoralité du voleur. Mais d'abord ce point de vue est étranger à la nature de la condiction; ensuite, n'est-il pas aussi immoral de tuer par malice l'esclave promis, ou de se refuser obstinément à le livrer, pour contraindre le juge à convertir la condamnation en une somme d'argent?

Voici encore d'autres cas analogues. Lorsqu'un esclave promis en vertu d'une stipulation était empoisonné par le débiteur, et mancipé un peu avant que le poison fît effet, la stipulation ayant été remplie littéralement, l'action de la stipulation était éteinte lors même que l'esclave serait mort du poison immédiatement après la mancipation (*e*). Ici le *dolus* étant évident, le *stipulator* avait la *furti actio*, et, par suite de cette action, une indemnité complète (Appendice XII, num. VIII, *a, b*). Mais si l'esclave était mort avant la mancipation, et qu'ainsi la stipulation ne fût pas remplie, le *stipulator* avait la condiction (*f*); et l'on ne saurait croire que l'indemnité eût été moindre dans ce cas que dans le précédent. — Quand l'esclave promis est tué par un tiers, le *promissor* est libéré, mais la *doli actio* s'exerce contre le tiers pour la totalité de l'intérêt (*g*); et ici encore on se demande

(*c*) L. 3, de cond. furt. (XIII, 1).

(*d*) Dans les deux cas, celui du vol et celui de la stipulation, l'*intentio* était ainsi conçue : Stichum servum *dare oportere*.

(*e*) L. 7, § 3, de dolo (IV, 3).

(*f*) L. 91, pr. de V. O. (XLV, 1).

(*g*) L. 18, § 5, de dolo (IV, 3).

pourquoi le *stipulator* recevrait moins parce que l'esclave aurait été tué par le débiteur lui-même. — Quand, dans un cas pareil, la caution tuait l'esclave promis, la dette principale était éteinte, et par conséquent aussi l'obligation de la caution; mais le *stipulator* avait, contre la caution, la *doli actio* pour la totalité de l'intérêt (*h*), et notre argument se reproduit avec toute sa force.

On pourrait dire que dans tous ces cas le *stipulator* peut aussi exercer la *doli actio* subsidiairement pour la différence existant entre la valeur vénale et l'intérêt; mais les textes cités semblent n'accorder à dessein la *doli actio* que contre les tiers, et la refuser contre le débiteur principal, parce que, contre lui, l'action de la stipulation suffit; d'ailleurs, il paraît qu'en général on n'admettait pas l'emploi de la *doli actio* comme complément d'une autre action déjà existante (*i*).

Enfin, voici un argument plus fort que ceux qui précèdent, et tout à fait péremptoire. Quand un immeuble promis par une stipulation n'est pas livré au jour fixé, le créancier peut réclamer la totalité du dommage que lui cause ce retard (*k*). On ne pourrait donc, sans inconséquence, refuser l'intérêt pour une infraction bien plus grave, lorsque la volonté du débiteur non-seulement diffère, mais empêche absolument l'exécution du contrat.

D'après tous ces motifs, il est donc très-vraisemblable

(*h*) Du moins d'après Papinien dans la L. 19, de dolo (IV, 3). La plupart des jurisconsultes, il est vrai, prétendaient que l'action résultant de la stipulation continuait de subsister contre la caution, mais seulement comme *utilis actio* et au moyen d'une restitution. Voici comment se concilient des textes qui semblent contradictoires. L. 88, 91, § 4, de V. O. (XLV, 1), L. 95, § 1, de solut. (XLVI, 3). — L. 32, § 5, de usuris (XXII, 1), L. 49, pr. de V. O. (XLV, 1), L. 38, § 4, de solut. (XLVI, 3). Cf. Ribbentrop, Correalobligationen, p. 32.

(*i*) L. 1, § 4, de dolo (IV, 3).

(*k*) L. 114, de V. O. (XLV, 1). « Si fundum certa die præstari stipuler, et per promissorem steterit, quo minus ea die præstetur : consecuturum me, *quanti mea intersit*, moram factam non esse. »

que, pour cette espèce de condiction, et notamment dans le cas d'une stipulation, on peut réclamer la totalité de l'intérêt; néanmoins, il serait à souhaiter que l'on pût découvrir un témoignage direct sur ce point.

XXXIV.

III. Condiction ayant un objet autre que la livraison d'une chose déterminée.

La formule était : Quidquid ob eam rem dare facere oportet, ejus judex condemna (num. XXX); ainsi, *incerta intentio* et *incerta condemnatio*. Ici, il fallait absolument que l'objet de la demande fût exprimé dans une *demonstratio* préliminaire, car l'action, vu la généralité de l'*intentio*, n'aurait pas eu de désignation individuelle. Aussi, dans le cas de cette condiction, Gajus donne-t-il toujours une *demonstratio* expresse (*a*). L'*incerta intentio* rendant impossible le *plus petere*, le demandeur n'avait aucun danger à courir à cet égard (*b*).

Cette espèce de condiction, vu son indétermination, était applicable aux objets les plus divers. D'abord, à la livraison d'une chose indéterminée, sous un rapport quelconque, de sorte que les limites de l'acte constituant l'accomplissement ne pouvaient être précisées dans la formule (*c*); puis à une

(*a*) Gajus, IV, § 136, 137, donne comme exemple : Quod A. Agerius de N. Negidio *incertum* stipulatus est. Mais il ne faut pas croire que l'expression abstraite *incertum* se soit jamais trouvée réellement dans une formule; elle était remplacée par l'objet véritable de la *incerta stipulatio*, tel que : possessionem tradi, insulam fabricari, etc. C'est ainsi que les noms de Agerius et de Negidius n'ont jamais figuré dans une formule réelle.

(*b*) Gajus, IV, § 54.

(*c*) L. 75, § 1, 2, 4, 5, 8, de V. O. (XLV, 1), L. 60, de leg. 1 (XXX, un.). Dans la plupart des cas, l'*incerta stipulatio* motivait une *incerta intentio*, mais non pas dans tous. La stipulation : usumfructum fundi Corneliani dare spondes? était *incerta* (L. 75, § 3, eod.), sans doute parce que la durée de la vie de l'usufruitier étant incertaine, la valeur de l'usufruit l'était également; mais l'*intentio* était sans doute conçue en ces termes : Si paret usumfructum dare

tradition, c'est-à-dire à la transmission de la possession (*d*), comme aussi à l'acceptation d'un engagement, par exemple, une caution, une novation, une *acceptilatio ;* ou bien à la rétractation d'un acte juridique (*e*); enfin à toute espèce de travaux, même à une simple abstention (*f*).

L'effet de cette espèce de condiction était que le défendeur devait payer la totalité de l'intérêt; et cela ne pouvait se faire autrement, car l'objet de ces actions étant indéterminé, il n'y avait pas de valeur vénale déterminée que l'on pût opposer à l'intérêt. D'après la doctrine exposée plus haut (num. XXXIII), sur les condictions de la seconde classe, cela n'établissait aucune différence pratique entre ces deux classes de condictions. La première et la seconde classe différaient de la troisième, en ce que jamais elles ne comprenaient la *omnis causa,* et par conséquent les fruits (*g*).

Quand on compare les effets de ces trois classes d'actions, on y observe une certaine gradation qui rapproche la troisième classe de la nature libre des *b. f. actiones*, sans néanmoins établir une similitude complète (*h*). Cependant on ne

oportere; de sorte que la condiction rentrait dans la seconde classe (num. XXXIII), où pouvait avoir lieu le *plus petere*. En effet, les limites de l'acte que devait accomplir le débiteur n'avaient rien d'incertain, il devait conférer l'usufruit de cette chose par une *in jure cessio*, et rien autre chose, rien de plus ni rien de moins.

(*d*) L. 75, § 7, de V. O. (XLV, 1). L. 4, pr. de usuris (XXII, 1). Si l'objet était une *res mancipi*, cela avait certainement lieu, car alors la tradition ne transférait pas la propriété. Mais cela pouvait aussi s'appliquer à une *res nec mancipi ;* en effet, bien que la forme de la tradition suffit pour transférer la propriété, *dare* avait une portée plus grande que *tradere*. Le *tradere* pouvait s'effectuer lors même que la chose appartenait à un tiers; mais alors il n'y avait pas de *dare*. Cette distinction est indiquée dans la L. 11, § 2, de act. emti (XIX, 1).

(*e*) L. 3, de cond. sine causa (XII, 7), L. 2, § 4, de don. (XXXIX, 5), L. 12, de nov. (XLVI, 2), L. 68, de V. O. (XLV, 1).

(*f*) L. 75, § 7, de V. O. (XLV, 1).

(*g*) L. 4, pr. de usuris (XXII, 1).

(*h*) Appendice XIII, num. XV. Zimmern, Rechtsgeschichte, vol. III, p.

devrait pas regarder les condictions de la troisième classe comme improprement dictes, car elles participent à la nature générale des condictions ou *stricti juris actiones*, et rentrent incontestablement dans la définition que donne Gajus des *condictiones*. Il ne faut pas croire davantage, comme le font plusieurs auteurs, que jamais le principe des condictions ait été étendu par impropriété de langage au delà des limites ici tracées (*i*).

XXXV.

Si l'on compare le caractère pratique des trois classes de condictions, on voit que celles de la première classe donnaient au demandeur le grand avantage de la *sponsio tertiæ partis*, ce qui les distingue de toutes les autres. D'un autre côté, les condictions de la seconde classe lui étaient plus préjudiciables que celles de la troisième, car elles l'exposaient au danger du *plus petere*, et lui attribuaient la chose principale sans les fruits; peut-être même ne lui donnaient-elles que la valeur vénale et non l'intérêt; mais, plus haut, j'ai combattu cette opinion.

En dehors et au-dessus de ces trois classes de condictions, se place un effet qui n'appartient néanmoins qu'à un seul cas des condictions de la première classe; je veux dire l'exécution

184, a très-bien reconnu cette nature intermédiaire des condictions de la troisième classe.

(*i*) Zimmern Rechtsgeschichte, vol. III, p. 185. Hasse, Wesen der Actio, p. 84, 85. Ce dernier se trompe complétement quand il rapporte l'expression *abusive* ou *non proprie* à cette prétendue inexactitude de langage. Voy. num. XXVII. — Lorsque je prétends que l'expression *condictio* n'a jamais été appliquée au delà des limites ici fixées, je parle d'un emploi réel et raisonné. Si quelques textes des compilations de Justinien semblent lui donner un sens plus général (num. XXV, *a*, XXVI, *f. g*), ce défaut de précision ne prouve nullement que la signification de ce mot eût changé du temps de Justinien, car l'ancienne idée de *condictio* sert évidemment de base à une foule de textes du Digeste, et elle seule peut les faire comprendre.

rigoureuse établie par la loi des XII Tables, et qui d'abord enlevait au débiteur la vie ou la liberté, et qui, plus tard, le réduisit à l'esclavage pour dettes. D'abord elle ne s'appliquait qu'au prêt d'argent véritable ; plus tard, elle fut étendue au prêt d'argent symbolique de la *nexi obligatio*, et elle eut ainsi, sous un point de vue restreint et partiel, un développement semblable à celui des condictions. La *Lex Pœtilia* abolit pour toujours la *nexi obligatio*, et depuis ce temps l'esclavage pour dettes fut restreint au prêt d'argent dans le sens rigoureux, sans jamais admettre aucune des extensions que j'ai représentées (num. VI-XI) comme base des condictions (*a*). — La *nexi obligatio*, tant qu'elle subsista, était encore protégée par la peine du double, prononcée contre celui qui niait son obligation (*b*).

XXXVI.

Après avoir exposé les limites, les formules et les effets des différentes classes de condictions, il me reste à examiner la phraséologie. Je vais d'abord établir celle que je crois authentique, et je donnerai ensuite les preuves à l'appui.

Certi condictio, et actio ou condictio *si certum petetur* (ou *petatur*), sont tout à fait synonymes, et désignent toujours et exclusivement une condiction de la première classe, c'est-à-dire celle dont l'objet est l'argent comptant.

Triticaria condictio désigne toute autre condiction ; cette expression embrasse donc la seconde et la troisième classe.

Incerti condictio est le nom d'une condiction de la troisième classe, et ainsi il désigne une partie de celles comprises sous le nom général de *triticaria*.

Actio ex stipulatu est la triticaria condictio, dans son ap-

(*a*) J'ai parlé avec détails de l'esclavage pour dettes dans l'écrit cité plus haut, num, X, *n*.

(*b*) Cicero, de Off., III, 16.

plication spéciale aux condictions de la seconde ou de la troisième classe fondées sur une stipulation.

Je vais maintenant donner les preuves de ce que je viens d'avancer.

XXXVII.

La première classe des condictions, celle ayant pour objet une somme déterminée, s'appelle *si certum petetur*; et, là-dessus, nous avons le témoignage direct d'Ulpien, dans le texte le plus précis et le plus formel qui existe en cette matière.

L. 1, pr. de cond. tritic. (XIII, 1).

Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, *si certum petetur* (*a*). Qui autem alias res, per triticariam condictionem petet.

Ce texte est plus décisif que tous les autres, parce qu'il donne une division complète de toutes les condictions, et cela en termes techniques.

La même expression se retrouve dans les rubriques des titres du Digeste (XII, 1) et du Code (IV, 2) relatif à se sujet; le premier traite presque uniquement, et le second exclusivement, de réclamations de sommes d'argent déterminées.

Nous voyons encore ailleurs la même expression avec de légères variantes. Dans deux textes d'Ulpien, on lit : condicticia actio per quam certum petitur (*b*), et, causa, obligatio ex qua certum petitur (*c*). Dans Gajus, IV, § 50 : formula qua certam pecuniam petimus.

Ici donc, *certum* équivaut à *certa pecunia,* par opposition

(*a*) La Vulgate porte : *petatur*, comme aussi la rubrique du Cod, IV, 2. Dans les textes cités plus bas on lit : *petitur* et *petimus*. *Petetur* se trouve dans la rubrique du Digeste, XII, 1, et c'est peut-être l'expression même de l'édit.

(*b*) L. 24, de R. C. (XII, 1).

à tout autre objet de réclamation, soit déterminé, soit indéterminé ; on verra, plus bas, que cette expression a un autre sens en matière de stipulations.

Les Romains avaient plusieurs motifs pour distinguer cette condiction de toutes les autres par un nom technique spécial : un motif historique, sa relation directe avec l'ancienne *condictio ex L. Silia* (num. XXII); un motif pratique, la *sponsio tertiæ partis*, qui ne s'appliquait pas ailleurs (num. XXXII); enfin, un motif de forme. Ici, non-seulement l'*intentio*, mais encore la *condemnatio* étaient rigoureusement déterminées, de manière à ne laisser au juge aucune latitude dans sa décision.

XXXVIII.

Certi condictio est synonyme de la dénomination précédente, dès lors exclusivement applicable à l'action ayant pour objet de l'argent comptant, et ainsi *certum* équivaut ici encore à *certa pecunia*.

D'abord cela ressort des termes mêmes; en effet, *certum petere* exprime la même chose que *certum condicere*, et *certum condicere* ne peut avoir une signification autre que celle de *certi condictio*.

Mais ensuite l'identité de ces deux expressions est établie directement dans le texte suivant d'Ulpien :

L. 9, pr. de R. C. (XII, 1).

Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, *ex qua certum petitur*, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto : *licet enim nobis* ex omni contractu certum condicere (*a*).

Le point principal de cette définition de la *certi condictio* est évidemment que cette expression s'applique exclusive-

(*c*) L. 9, pr. de R. C. (XII, 1).
(*a*) J'ai expliqué ce texte plus haut, num. XXIII.

ment aux actions ayant pour objet de l'argent comptant et non à celles ayant pour objet la propriété de toute autre chose déterminée. Cette explication restrictive est confirmée par la considération suivante. Sans doute Ulpien veut faire remarquer que cette action est admissible dans beaucoup de cas où existent déjà d'autres actions, ce qui pouvait faire naître des doutes. Il faut donc que souvent le demander ait eu intérêt à exercer cette action de préférence à d'autres actions résultant de contrats. Pour la condiction de l'argent comptant, cet intérêt n'est pas douteux, tandis que la condiction d'un esclave, d'un cheval, etc., quand elle concourait avec une *b. f. actio*, était moins favorable au demandeur (num. XXXV); il n'y avait donc pas lieu de demander si on pouvait la choisir de préférence à d'autres actions (*b*).

XXXIX.

On appelle *triticaria* (*a*) condictio, toute condiction dont l'objet est autre que de l'argent comptant, et ainsi toute chose, soit déterminée, soit indéterminée; dès lors elle embrasse la seconde et la troisième classe de condictions, et avec la *certi condictio* elle épuise toutes les condictions.

(*b*) C'est ainsi que dans la L. 28, § 4, de jurej. (num. VI, *c*) plusieurs *b. f. actiones* sont mentionnées à côté de la *certi condictio*, parce que ce concours avait une importance pratique. — Cela est plus évident encore pour l'*actio L. Aquiliæ* qui concourt avec la condiction (L. 9, § 1, de R. C. XII, 1). Ulpien n'indique ce concours que pour la *certi condictio*, néanmoins, il pouvait aussi exister pour la *triticaria* : si, par exemple, le titre de créance détruit par l'adversaire résultait d'une stipulation relative à un immeuble (num. XIV). Mais alors la condiction n'offrait aucun avantage autre que ceux attachés à l'*actio L. Aquiliæ*, et celle-ci en offrait au contraire de plus grands.

(*a*) On lit *triticaria* dans le texte du manuscrit de Florence (L. 1, de cond. trit. XIII, 3); *triticiaria* dans la rubrique, mais avec une ancienne correction, comme aussi dans le texte de Haloander. On doit préférer triticaria, car rien ne motive l'addition de la voyelle.

C'est ce que dit expressément Ulpien par ces mots : Qui autem *alias res*, per triticariam condictionem petet (uum. XXXVII). Le mot *res* pourrait seul faire mettre en doute la généralité de ce texte, et alors ce nom désignerait uniquement les condictions avec *dare* oportere (autres que celles ayant pour objet de l'argent comptant). Mais les applications particulières ajoutées par Ulpien détruisent cette supposition. En effet, dit-il, on peut, en vertu de cette action, réclamer un *fundus*, « etsi vectigalis sit (*b*). » Celui qui est dépossédé violemment d'un immeuble peut exercer la condiction pour ce *fundus* même, s'il est propriétaire; autrement, pour la *possessio* (*c*). Dans ces deux cas, on n'établit aucune distinction entre les condictions de la seconde et de la troisième classe, de sorte que la *condictio triticaria* est également applicable à l'une et à l'autre. L'action ayant pour objet *fundum dare oportere* appartient à la seconde classe, l'action relative à un *fundus vectigalis*, dont la propriété est impossible, et notamment celle relative à la *possessio*, appartient à la troisième classe, car la transmission de la possession est un *facere* (non un *dare*), et dès lors ne peut donner lieu qu'à une *incerti condictio* (*quidquid dare facere oportet*) (XXXIV, *d*.).

De même que la *certi condictio* se rattachait à l'ancienne *condictio ex L. Silia*, de même la *triticaria* se rattachait à celle *ex L. Calpurnia*, mais étendue bien au delà de l'objet primitif de cette dernière. Son nom vient sans doute de ce que la *condictio ex L. Calpurnia* s'appliquait principalement aux prêts de blé (*d*).

(*b*) L. 1, pr. de cond. trit. (XIII, 3).

(*c*) L. 2, de cond. trit. (XIII, 3).

(*d*) Voy. plus haut, num. XXII. Pour expliquer cette expression singulière, on s'est épuisé en conjectures, dont plusieurs sont très-ridicules. Cf. Glück, vol. XIII, § 843.

XL.

On appelle *incerti condictio* toutes les condictions de la troisième classe, dont l'*intentio* : Quidquid dare facere oportet, était aussi indéterminée que la *condemnatio*. Cela n'est pas contesté ; aussi, avant d'entreprendre cette recherche sur la phraséologie, ai-je appliqué constamment aux condictions de la troisième classe les textes qui parlent de la *incerti condictio* (*a*).

Il résulte de là que la *incerti condictio* renferme une partie de la *triticaria*, et que l'autre partie, c'est-à-dire les condictions de la seconde classe, n'ont aucun nom particulier. Tel est, sans doute, le principal motif qui, jusqu'ici, a mis obstacle à l'établissement de la phraséologie véritable. En effet, la logique semble demander impérieusement que toutes les condictions soient *certi* ou *incerti*, et d'après la doctrine que j'établis ici, il y a, entre ces deux classes, une classe intermédiaire qui ne porte aucun de ces deux noms (*b*). En effet, cette classe intermédiaire a réellement une nature ambiguë, car elle réunit une *incerta condemnatio* et une *certa intentio* (num XXXIII, et Traité, § 215).

XLI.

Afin de dissiper tous les doutes et de prévenir toutes les objections, je dois faire observer que le contraste de *certum*

(*a*) Par exemple, num. XXXIV, *e*. — Incerti *condictio* n'est pas synonyme de incerta *formula* dans Gajus, IV, § 54, 131, car cette dernière comprend aussi les *b. f. actiones*.

(*b*) Il semble que l'on pourrait objecter la L. 12, de nov. (XLVI, 2), « tenetur condictione vel incerti, si non pecunia soluta esset, vel certi si soluta esset. » Mais l'alternative exprimée ici tient aux circonstances particulières de l'espèce. En effet, on réclamait la *liberatio*, et comme *facere*, en vertu d'une *incerti condictio*, ou un payement comptant. Dans aucun cas il ne pouvait y avoir lieu à une condiction de la seconde classe.

et *incertum* a, suivant les diverses applications, un sens différent et approprié aux besoins de chaque cas.

Ainsi, il a un sens différent pour la stipulation. Ici l'on pourrait dire, effectivement, que toute stipulation est, ou *certa* ou *incerta* (et aussi est appelée *certi* ou *incerti*) (*a*). On appelle *certa*, la stipulation dont l'étendue et la valeur vénale se reconnaissent d'après ses termes mêmes, indépendamment de toute appréciation artificielle et des circonstances accidentelles (*b*). Ainsi, *certa stipulatio* est non-seulement celle ayant pour objet de l'argent, mais aussi celle ayant pour objet un champ, un esclave ou un cheval déterminé; de sorte que la *certa stipulatio* engendrait des condictions, tantôt de la première, tantôt de la seconde classe (*certi et triticariæ condictiones*), jamais de la troisième classe. La *incerta stipulatio* engendrait presque toujours des condictions de la troisième classe, c'est-à-dire des *incerti condictiones*, mais pas toujours; car la stipulation d'un usufruit était *incerta*, et engendrait néanmoins une condiction de la seconde classe ayant pour *intentio*: si paret dare oportere (num. XXXIV, *e*).

Au contraire, dans la *in jure confessio*, le *certum* avait le sens que je lui attribue relativement aux condictions (num. XXXVI — XXXVIII), et cette analogie vient confirmer la phraséologie que j'adopte. Ainsi, on dit en ce sens: *certum confessus pro judicato erit,* incertum non erit (*c*). Cela signifie: Quand l'aveu fait devant le préteur a pour objet une *somme d'argent* déterminée, un jugement devient inutile, et l'on procède immédiatement à l'exécution. Quand, au contraire, l'aveu porte sur la propriété d'une maison ou sur l'obligation de livrer un domaine, etc., cet aveu est efficace, puisqu'on le tient pour vérité; mais il faut, en outre, l'intervention

(*a*) L. 68, de V. O. (XLV, 1).
(*b*) L. 74, 75, de V. O. (XLV, 1).
(*c*) L. 6, pr. de confessis (XLII, 2).

du juge pour déterminer la valeur vénale de la propriété ou de la prestation (*d*). — Ici donc, *certum* équivaut à *certa pecunia*, précisément comme on l'a vu plus haut en matière de condictions.

XLII.

Relativement à la stipulation, voici la phraséologie qui s'est établie :

La condiction, comme tout autre fait, pouvait engendrer, tantôt une *certi*, tantôt une *triticaria condictio*. Mais la *certi condictio* était si spéciale et si importante, que là où elle existait on se contentait de la nommer sans indiquer sa cause déterminante (*a*). Si, au contraire, il s'agissait d'une condiction de la seconde ou de la troisième classe, on exprimait ordinairement sa cause déterminante (*condictio indebiti, sine causa, ex causa furtiva, etc.*). D'après cette analogie, on aurait pu parler aussi d'une *condictio ex stipulatu;* mais on a adopté de préférence le nom de *actio* ex stipulatu, peut-être sans autre motif que d'établir entre elle et la *certi* condictio ex stipulatu, une distinction plus tranchée et ressortant des termes mêmes.

Ainsi donc, l'*actio ex stipulatu* n'est autre que la *triticaria condictio*, résultant d'une stipulation, et cette circonstance, que l'on exprimait plus souvent pour les condictions de la seconde et de la troisième classe, leur cause déterminante

(*d*) L. 6, § 1, 2, de confessis (XLII, 2), L. 25, § 2, ad L. Aquil. (IX, 2). — Ces règles sont très-bien établies par Bethmann-Hollweg, Versuch über Civilprozess, p. 264-270.

(*a*) C'est ce que l'on voit clairement dans la L. 9, pr. de R. C. (XII, 1). Voy. plus haut, num. XIII. — C'est pourquoi les auteurs modernes donnent à l'action résultant du prêt le nom technique de *condictio ex mutuo*, ce que n'ont jamais fait les Romains. Comme il n'est guère question que du prêt d'argent, la condiction qui en résulte est toujours *certi*, et ordinairement la *causa* n'est point exprimée. Cf. num. XXX, 1.

nous explique pourquoi l'expression *triticaria condictio* se trouve si rarement dans les sources du droit. Au sujet des divers rapports de droit, il s'agissait d'abord d'établir l'existence d'une *condictio*, par opposition à d'autres actions, puis la *certi condictio*, ou la *incerti condictio*, selon que l'une ou l'autre était fondée; enfin, quelquefois aussi sa cause déterminante. Au contraire, on avait rarement besoin d'exprimer la nature spéciale de la *triticaria*, c'est-à-dire la simple négation de la *certi condictio*, car *triticaria* veut dire simplement : une condiction qui n'est pas *certi*, et qui, du reste, est susceptible des modifications les plus diverses.

Ici j'ai à combattre les assertions de quelques auteurs modernes.

D'abord on prétend que l'*actio ex stipulatu* peut, dans un sens impropre, s'appliquer à toute action résultant d'une stipulation, y compris la *certi condictio* (*b*). Je crois, au contraire, que cette expression désigne presque toujours une chose déterminée, autre que l'argent comptant ; et quand l'objet est indéterminé, elle peut désigner toute espèce de chose, aussi bien que l'argent comptant (*c*). Quant aux expressions : *agere*, *consequi*, *petere ex stipulatu*, elles n'ont pas de signification technique spéciale, et souvent elles s'appliquent à l'action de la stipulation, dont l'objet est de l'argent comptant, c'est-à-dire à la *certi condictio* (*d*).

On prétend encore; et ceci est le plus important, que l'*actio ex stipulatu* n'a pas le caractère d'une véritable condiction. Les textes les plus formels lui attribuent ce caractère (*e*), et le nom de *actio* ne saurait offrir le moindre doute

(*b*) Schrader, p. 495, ed. Inst. in-4°.

(*c*) L. 51, de V. O. (XLV, 1), L. 7, C. de pactis (II, 3), L. 6, C. de transact. (II, 4), L. un. pr. C. de r. ux. act. (V, 13).

(*d*) L. 21, § 12, de receptis (IV, 8), L. 42, pro socio (XVII, 2), L. 28, de act. emti (XIX, 1), L. 57, de solut. (XLVI, 3), L. 14, C. de pactis (II, 3).

à cet égard (num. I). Quant à un texte des Institutes qui semble rendre cela douteux, je vais l'examiner tout à l'heure.

XLIII.

Il me reste à indiquer et à expliquer différents textes qui peuvent jeter des doutes sur plusieurs points établis ici.

Le premier est un texte de ce même Ulpien, qui nous a fourni les témoignages les plus décisifs pour la détermination de la phraséologie.

L. 24, de R. C. (XII, 1.)

Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet : sed illa condictitia actione id persequi debet, per quam certum petitur.

Si l'on prenait l'expression *certum stipulari* dans le sens ordinaire, sens que lui donnent aussi d'autres texte d'Ulpien (num. XLI), cela voudrait dire que la *condictio si certum petetur* peut aussi bien résulter de la stipulation ayant une maison ou un cheval, que de la stipulation ayant pour objet de l'argent comptant. Mais comme alors Ulpien se trouverait en contradiction directe avec lui-même et avec les textes les moins équivoques en cette matière (num. XXXVII), nous devons croire que, dans notre texte, il entend uniquement par *certum stipulatus* une stipulation d'argent. Sans doute on peut reprocher à Ulpien un défaut de fixité dans son langage; mais nous n'aurions probablement pas à lui adresser cette critique, si nous connaissions la place que ce texte occupait dans l'ouvrage original; ce qu'il nous est difficile de deviner d'après le fragment isolé inséré dans le Digeste.

(e) L. 1, pr. de cond. trit. (XIII, 1), où la stipulation est mentionnée expressément pour l'*ususfructus* et la servitude, mais doit-être sous-entendue pour les autres objets. Gajus, IV, § 136, où il donne pour la *incerti stipulatio* une formule qui, d'après le § 5 du même livre, doit être nécessairement regardée comme une condictio.

XLIV.

Callistrate dit que quand un créancier actionne un des héritiers de son débiteur, et qu'il est dans l'incertitude sur la part que celui-ci recueille de la succession, il peut interroger à ce sujet le défendeur devant le préteur.

L. 1 pr., de interrog. (XI, 1).

Est autem interrogatio tunc necessaria, cum in personam sit actio, et ita, si certum petetur : ne dum ignoret actor qua ex parte adversarius defuncto heres extiterit, interdum plus petendo aliquid damni sentiat.

Le danger du *plus petere* existait pour les condictions de la seconde classe comme pour celles de la première (num. XXXIII); et ainsi ce texte semble comprendre les deux premières classes d'actions, sous la désignation de *si certum petetur,* contrairement à ma théorie. — Néanmoins, cette conséquence est moins nécessaire qu'elle ne le paraît au premier abord. En effet, on peut croire, qu'en pareil cas, l'*intentio* pouvait être redigée avec une pleine sécurité de la manière suivante : *si paret, Negidium fundum Cornelianum, qua ex parte heres Seji est, dare oportere ;* de même que l'on admettait la revendication pour une quote indéterminée, quand l'incertitude n'impliquait aucune faute (*a*). Pour une stipulation d'argent, cet expédient devenait impossible, quand le demandeur voulait profiter des avantages de la *certi condictio*, car l'indication précise d'une somme déterminée était indispensable pour l'exercice de cette action.

(*a*) L. 76, § 1, de rei vind. (VI, 1). « Incertæ partis vindicatio datur, si *justa causa interveniat.* » Il y a certainement *justa causa* lorsque le demandeur a des doutes sur la position du défendeur comme héritier. — L. 8, § 1, comm. div. (X, 3), Gajus, IV, § 54. — Peut-être en pareil cas le créancier avait-il une *incerti condictio* (avec quidquid... oportet); condiction qui, pour une stipulation d'argent, ne pouvait du moins lui attribuer la *sponsio tertiæ partis.*

XLV.

Le texte suivant des Institutes de Justinien soulève des doutes plus sérieux.

Pr. J. de Verb. oblig. (III, 15.)

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione.... Ex qua duæ proficiscuntur actiones, tam *condictio*, si certa sit stipulatio, quam *ex stipulatu*, si incerta.

Ce texte, lu tel que je viens de le donner, refuserait à l'*actio ex stipulatu* le caractère de la condiction, et serait ainsi en contradiction avec les témoignages les plus incontestables (num. XLII, *e*). Mais la difficulté disparaît si, d'après plusieurs bons manuscrits, on préfère la leçon *certi* condictio, ou condictio *certi* (*a*), ce qui met ce texte en harmonie avec les autres témoignages. Reste maintenant la seconde difficulté, savoir : que la certi condictio s'applique à tous les cas où il y a certa *stipulatio*. Ainsi, quand la stipulation a pour objet un champ ou un livre, comme le dit expressément Théophile. Ici je ne vois d'autre explication possible, sinon que le rédacteur des Institutes a été trompé par le double sens de *certi;* ce que l'on doit attribuer à la précipitation, comme les inexactitudes de tant d'autres textes. Cela pouvait arriver ici d'autant plus facilement que, depuis l'abolition de la procédure par formules, la distinction n'existait plus dans la pratique, et ne pouvait s'apprendre que dans les livres. Si l'on me reprochait de porter ainsi atteinte à l'autorité de Justinien, je répondrais que le recueil du Digeste, auquel j'emprunte mes preuves, émane de la même autorité, et que les lois de la logique, qui nous obligent à admettre cette explication comme la plus naturelle et la plus vraisemblable, ne reconnaît pas l'autorité du législateur.

(*a*) Schrader, p. 495, ed. Inst. in-4°. A la vérité, Théophile confirme la leçon imprimée dans le texte.

XLVI.

Celui qui ne serait pas satisfait de l'explication que je donne ici des témoignages en apparence contradictoires (num. XLIII, XLIV, XLV), devrait toujours admettre que les jurisconsultes romains ont varié dans leur langage, puisque tantôt ils appliquent l'expression *condictio certi* ou *si certum petetur*, tantôt à la première classe des condictions seulement (l'argent comptant), tantôt à la première et à la seconde classe (les autres choses déterminées). J'ajoute, et cette observation a de l'importance, que là-dessus uniquement on peut admettre une divergence d'opinions, et non sur les autres parties de la phraséologie que j'ai exposées plus haut, bien moins encore sur la nature, les limites et les différences pratiques des trois classes de condictions, ce qui est bien plus important que la phraséologie.

XLVII.

En terminant cette recherche sur les condictions, il me reste à examiner quand et comment ces principes et ces règles ont été établies. J'ai dit seulement là-dessus que les condictions, telles que nous les trouvons dans les sources du droit, appartiennent à l'époque des formulæ, qui remonte à la L. Æbutia, et que, par leur nom et en partie par leurs effets, elles se rattachent à l'ancienne *legis actio per condictionem*.

Plusieurs auteurs modernes ont donné des détails très-précis sur le développement historique des condictions.

Ainsi, ils prétendent que pendant longtemps il n'y eut d'autre condiction que celle relative à des choses déterminées; que dès lors toute stipulation ayant pour objet un travail ou un acte juridique était impossible, et que l'on n'avait d'autre moyen d'y suppléer que de stipuler une peine

pécuniaire pour le cas d'inexécution du travail ou de l'acte juridique. Beaucoup plus tard serait venue l'extension de l'institution par la *incerti condictio*, ayant pour objet le quidquid dare facere oportet (*a*).

Sur cette question, je dois confesser mon ignorance. Il n'est pas impossible que les choses se soient passées comme ces auteurs le prétendent; mais nous n'avons là-dessus aucun témoignage; et cela ne me paraît guère probable, car le besoin des contrats de la seconde espèce est très-naturel et général. Si, dans certains cas, une peine pécuniaire peut suffire, ce moyen est trop imparfait pour que l'on n'eût pas trouvé de bonne heure un autre plus commode. — On pourrait donc tout aussi bien admettre que le système général des condictions, tel que nous le connaissons; a été formé tout ensemble, non qu'un certain temps n'ait été nécessaire pour coordonner les principes, les formules et les expressions techniques, et les fixer définitivement. Mais cette formation, quoique non instantanée, ne ressemblerait pas à ces changements successifs des règles du droit que ces auteurs admettent comme une réalité; elle en différerait surtout en ce que ces changements pourraient s'être accomplis à de longs intervalles, tandis qu'elle se serait opérée dans un court espace de temps.

A ceux qui particulièrement voudraient placer l'origine de la *incerti condictio* à une époque très-moderne, à peu près vers le temps des empereurs, j'oppose les considérations suivantes.

Si en général on veut admettre ici une succession progressive de la restriction littérale à la satisfaction plus libre des besoins pratiques, voilà la conséquence naturelle de cette supposition : *condictio* relative à l'argent comptant et aux autres choses déterminées. *Incerti condictio*. *Bonæ fidei actio*.

(*a*) Gans, Obligationenrecht, p. 84, 85. Hasse, Wesen der Actio, p. 68, 77.

Si maintenant on regarde les *b. f. actiones* comme anciennes l'*incerti condictio* comme un développement plus nouveau du droit, on contredit toutes les analogies. — Le système des *b. f. actiones*, déjà du temps de Cicéron, était non-seulement complétement développé, mais la manière dont en parle Cicéron, prouve l'ancienneté de son origine, attestée d'ailleurs par les expressions vieillies et conservées en partie (*b*). Dans une narration, où est mentionnée la formule de l'*emti actio* avec l'addition *ex fide bona*, le père de Caton figure comme partie (*c*), ce qui nous reporte à une époque bien antérieure à Cicéron (*d*). — L'antique origine des *b. f. actiones* se montre à nous d'une manière frappante, si l'on compare la majeure partie d'entre elles (par exemple, la vante, le dépôt, etc.) avec celles qui appartiennent réellement à un temps plus moderne, telles que celles résultant des contrats innomés. On ne saurait méconnaître la différence que mettent les anciens jurisconsultes dans leur manière de traiter les unes et les autres.

Enfin, en ce qui touche directement l'*incerti condictio,* voici un fait bien attesté et qui mérite toute notre attention. Antérieurement à l'an de Rome 664, époque à laquelle la L. Julia accorda à la nation latine le droit de cité romaine, les fiançailles se faisaient chez les Latins par une *sponsio*, en vertu de laquelle une indemnité pouvait être réclamée contre celui qui manquait arbitrairement à sa promesse : « litem pecunia (judex) æstimabat : *quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari....* condemnabat » (*e*) Nous avons ici l'image la plus complète d'une *incerti condictio* alors usitée, et qui certainement est empruntée à une époque bien antérieure. Si l'on objecte que ce n'est pas là du droit romain,

(*b*) Cicero, de Off., III, 15, 17, Topica, C. 17.
(*c*) Cicero, de Off., III, 16; Valerius Maximus, VIII, 2, § 1.
(*d*) Cf. Appendice XIII, num. XIII.
(*e*) Gellius, IV, tiré de Neratius, de nuptiis.

mais du droit latin, aboli chez les Latins eux-mêmes quand ils eurent le droit de cité romaine, je réponds que cela est vrai quant à l'action résultant des fiançailles, dont l'inadmissibilité doit être regardée comme un principe spécial du droit romain (*f*); mais la stipulation embrassant le simple *facere* et engendrant une *incerti condictio*, mentionnée ici accidentellement, doit nous faire supposer que les Romains de cette époque reconnaissaient le même droit.

Enfin, on doit considérer que les partisans de l'opinion mise ici en doute, considérant trop exclusivement la stipulation comme cause déterminante de la condiction, ils pensent que pendant longtemps une incerta *stipulatio* n'avait aucune efficacité, et qu'on la remplaçait par une peine stipulée en argent. Mais ils oublient que la *incerti condictio* peut avoir une origine toute différente. Celui qui, se croyant débiteur, paye comptant, a une (*indebiti*) *certi condictio*; mais si, au lieu de payer, il fait une novation, sa condiction est *incerti*. Or, personne ne croira que, dans ce dernier cas, pendant longtemps il n'ait pas eu d'action, faute d'une *formula* applicable. Si maintenant on reconnaît qu'il a toujours eu une *incerti condictio*, on ne voit pas pourquoi celle-ci n'eut pas aussi été toujours admise pour la *incerta stipulatio*.

Addition au § 218.

J'ai dit que la distinction établie par Cicéron entre les *judicia* et les *arbitria*, distinction reproduite chez les anciens jurisconsultes par le contraste plus restreint des *condictiones* (*str. j. actiones*) et des *b. f. actiones*, se rapporte à la per-

(*f*) Le motif de cette règle est exprimé dans la L. 134, pr. de V. O. (XLV, 1). Peut-être autrefois à Rome intervenait une *sponsio* qui avait l'efficacité d'une action. L. 2, de sponsal. (XXIII, 1).

sonne du juge, et qu'ainsi le *judicium* était porté devant un *judex* choisi sur l'album, tandis que l'*arbitrium* était porté devant un ou plusieurs *arbitri* choisis librement parmi tous les citoyens. A l'appui de cette assertion, j'ai cité seulement Seneca, de Benef., III, 7.

Quand l'impression de ce volume était déjà terminée, Rudorff m'a signalé un passage de la dédicace de l'Histoire naturelle de Pline, qui vient confirmer mon assertion d'une manière non équivoque.

Pline dédie son livre à l'empereur Titus, et il développe longuement cette pensée, que son œuvre n'est pas digne de l'empereur. « Si j'eusse (dit-il) simplement publié ce livre, je « n'aurais pas à craindre ton jugement; je pourrais dire « qu'il est au-dessous de ta dignité, et n'a pas été écrit pour « toi. Mais je me suis enlevé cette excuse en te le dédiant. » Pour exprimer cette pensée il emprunte l'image d'un procès. Il représente la publication de son livre comme une condiction intentée. L'empereur ne peut pas en connaître comme le juge, d'abord parce qu'il est trop haut placé par son intelligence, et il exprime cela en disant que l'empereur a un cens trop élevé pour être inscrit sur *cet* album des *judices*; secondement, parce que Pline pourrait le récuser. Mais ce moyen lui échappe, parce que ce n'est pas le sort, mais son propre choix (la dédicace) qui lui a donné l'empereur pour juge. Ainsi donc, la chose ne peut plus être comparée à une condiction portée devant un *judex*, désigné par le sort sur les listes de l'album, mais à un *arbitrium* où lui-même a choisi l'*arbiter*. — Voici le texte que je viens de commenter ainsi.

Tum possem dicere, quid ista legis Imperator? Humili vulgo scripta sunt... Quid te judicem facis? Cum hanc operam *condicerem*, non eras *in hoc albo*. *Majorem* te sciebam, quam huc descensurum huc putarem. Præterea est quædam publica etiam eruditorum *rejectio*.... Sed hæc, ego mihi

nunc patrocinia ademi nuncupatione, quoniam plurimum refert, *sortiatur* aliquis judicem, an *eligat*.

Cette allusion subtile et prolongée à un procès civil contient évidemment les propositions suivantes. Pour la condiction, le *judex* est désigné par le sort (*sortiatur*), mais il peut-être récusé par chacune des parties (*rejectio*). Du reste, il est désigné par le sort parmi les noms inscrits sur l'album, et voici comment cette matière était réglée :

Depuis César, on ne pouvait inscrire sur l'album que les sénateurs et les chevaliers, qui sous Auguste étaient partagés en trois décuries. Celui-ci ajouta une quatrième décurie, les *Ducenarii*, qui payaient un cens inférieur à celui des chevaliers, et qui ne pouvaient être *judices* que dans les affaires peu importantes (*de levioribus summis*). Caligula ajouta de la même manière une cinquième décurie, et depuis, ce nombre ne fut pas augmenté (*a*). Maintenant Pline veut dire : Mon livre est une affaire si minime, qu'un homme tel que l'empereur, placé par son intelligence dans les trois hautes décuries des juges, ne peut être appelé à en connaitre ; il rentre dans la compétence des juges de la quatrième et de la cinquième décurie. A ce sujet, il dit : Non eras *in hoc albo* (ton nom ne se trouve pas sur l'album de la quatrième ou de la cinquième décurie, devant qui mon livre doit être renvoyé). *Majorem* te sciebam (tu es un des juges des hautes décuries, qui ne connaissent que des affaires importantes).

La désignation des juges par le sort, très-connue pour les procès criminels, se trouve rarement mentionnée pour les procès civils; elle n'était possible que quand les juges

(*a*) Suéton. Julius, 41. Octav. 32. Calig. 16, Galba, 14. Cf. Puchta. Cursus der Institutionen, vol. I, p. 270, 381, 382. — Ainsi, lorsque Sénèque, de Benefic., III, 7, dit : Judex ex turba selectorum, quem census in album, et *equestris hereditas* misit, il désigne les trois décuries supérieures dont les membres avaient un cens *au moins* égal à celui des chevaliers, et qui étaient seuls capables de juger les affaires importantes.

étaient pris parmi un nombre de personnes déterminées, l'album, et ainsi pour les condictions seulement. Cette désignation par le sort des juges civils est encore mentionnée dans un texte d'ailleurs assez obscur de Simplicius dans Goesius, p. 79 : « Solent quidem per imprudentiam mensores *arbitros* conscribere aut *sortiri judices* finium regundorum causa. » Ici également, elle est restreinte aux *judices* dans le sens étroit, c'est-à-dire, aux personnes inscrites sur l'album et que l'on oppose aux *arbitri*.



FIN DU TOME CINQUIÈME.



TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME CINQUIÈME.

CHAPITRE IV.

VIOLATION DES DROITS

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES DU TOME CINQUIÈME.

